

Det konkurranserettslige gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler

Om forskrift om anvendelse av konkurranse-loven § 10 tredje ledd på
grupper av teknologioverføringsavtaler

Kandidatnummer: 547

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen: 17 964 ord

26.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Rettskildebildet	2
1.2.1	Forskriften om anvendelse av konkurranselovens § 10 tredje ledd på grupper av teknologioverføringsavtaler	2
1.2.2	Retningslinjene fra Kommisjonen	3
1.2.3	Rettspraksis / juridisk litteratur / norske forarbeider	4
1.3	Fremstillingen videre	5
<u>2</u>	<u>HENSYN BAK GRUPPEFRITAKET</u>	<u>5</u>
2.1	Effektivitetsgevinster	5
2.2	Forbrukerne skal oppnå en fordel ved effektivitetsgevinstene	6
2.3	Forbudet mot å pålegge for omfattende restriksjoner	7
2.4	Restkonkurransekriteriet	8
<u>3</u>	<u>FORSKRIFTEN OM GRUPPEFRITAK FOR TEKNOLOGIOVERFØRINGSAVTALER</u>	<u>8</u>
3.1	Ikke-anvendelse av konkurranseloven § 10 (1), forskriften § 2 (1)	9
3.2	Om ikke-anvendelsen av konkurranseloven § 10 (1), forskriften § 2 (2)	9
<u>4</u>	<u>VILKÅR FOR ANVENDELSE AV GRUPPEFRITAKET</u>	<u>10</u>
4.1	Teknologioverføringsavtaler	10
4.1.1	”Teknologi”	11

4.1.2	”Overføring”	12
4.2	Avtalebegrepet i forskriften	13
4.2.1	Betingelser for ikke-anvendelse av krll § 10 (1)	15
4.2.2	Lisensavtaler	16
4.2.3	Patentlisensavtaler	17
4.2.4	Knowhowlisensavtaler	18
4.2.5	Opphavsrettslisensavtaler for programvare	19
4.2.6	Kombinerte avtaler	20
4.2.7	Avtaler som inneholder bestemmelser om salg og kjøp av produkter	20
4.2.8	Lisensavtaler om andre immateriellrettigheter	22
4.2.9	Avtaler om overdragelse av immateriellrettigheter	22
4.2.10	Overdragelser hvor en del av risikoen ved avtalen forblir hos overdrageren	22
4.2.11	Særlig om underleverandører og underleveranser	23
4.2.12	Avgrensning	24
5	<u>MARKEDSANDELSGRENSENE</u>	26
5.1	Terskelverdiene	27
5.1.1	Anvendelsen av terskelverdiene	27
5.1.2	Kritikk av terskelverdiene	28
5.2	Markedsavgrensning	29
5.2.1	Teknologimarkeder	29
5.2.2	Produktmarkeder	30
5.2.3	Konkurrerende virksomheter	31
5.2.4	Ikke-konkurrerende virksomheter	32
5.2.5	Særlig om innovasjonsmarkeder	33
5.3	Om beregningen av markedsandeler, forskriften § 6	33
5.3.1	Salgsverdi som utgangspunkt for beregning av markedsandel	34
5.3.2	Beregning av markedsverdi ved ”tilknyttede foretak”	35
5.3.3	Situasjonen hvor terskelverdiene overskrides i avtaleperioden	36
6	<u>SÆRLIG ALVORLIGE BEGRENSNINGER, FORSKRIFTEN § 4</u>	36

6.1	Innledning	36
6.1.1	Hva kjennetegner en ”særlig alvorlig begrensning”?	37
6.1.2	Betydningen av om en avtale er gjensidig eller ikke-gjensidig	37
6.2	Avtaler mellom konkurrerende foretak	38
6.2.1	Prisregulerende bestemmelser	39
6.2.2	Produksjonsbegrensende bestemmelser	40
6.2.3	Avtaler som fordeler markeder eller kunder	40
6.2.4	Andre utnyttelsesbegrensninger	44
6.3	Avtaler mellom ikke-konkurrerende foretak	45
6.3.1	Prisregulerende bestemmelser	46
6.3.2	Begrensninger i lisenstakerens mulighet til passivt salg	46
6.3.3	Salgsbegrensninger i et selektivt distribusjonssystem	51
6.4	Situasjonen når foretak etter tidspunkt for avtaleinngåelse blir konkurrerende foretak	51
<u>7</u>	<u>AVTALEFORPLIKTELSE SOM IKKE OMFATTES AV UNNTAKET,</u>	
	<u>FORSKRIFTEN § 5</u>	<u>52</u>
7.1	Innledning	52
7.2	Grant-back-forpliktelser	53
7.2.1	Eksklusiv lisens på selvstendige forbedringer og nye anvendelser	53
7.2.2	Overdragelse av selvstendige forbedringer og nye anvendelser	54
7.3	Forpliktelse til ikke å bestride immaterialrettigheters gyldighet	55
7.4	Begrensninger i utnyttelsen av egen teknologi for ikke-konkurrerende foretak	56
<u>8</u>	<u>HÅNDHEVING OG KONTROLL</u>	<u>57</u>
8.1	Konkurranseloven § 10 (4)	57
8.2	Ikke-anvendelse av forskriften	57

8.3	Inndragelse av Konkurransetilsynet	60
8.4	Målgruppen for ikke-anvendelse	61
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>62</u>
<u>10</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Tema for avhandlingen er gruppefritaket fra konkurranseloven¹ § 10 (1) for teknologioverføringsavtaler, i Norge fastsatt ved forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av teknologioverføringsavtaler. Gruppefritaket er vedtatt på bakgrunn av en tilsvarende forordning fra EU-kommisjonen, som er ett ledd i en bredere moderniseringsreform om anvendelsen av EF-traktaten artikkel 81.² Siden forordningen omhandler regler inntatt i EØS-avtalen, får forordningen anvendelse i hele EØS.³ I Norge er forordningens regler innført ved forskriften om gruppefritak for teknologioverføringsavtaler. Fornyings- og administrasjonsdepartementet fastsatte forskriften 6. juli 2006, med hjemmel i konkurranseloven § 10 (4). Konkurransetilsynet er tillagt oppgaven med å overvåke markedet, og til å innlede etterforskning ved mistanke om brudd på reglene. Jeg vil i drøftelsen ta utgangspunkt i forskriftens ordlyd. Dette fordi det er forskriften som regulerer norsk rett, og er den offentlige myndigheter og foretak må forholde seg til.⁴

Det som i praksis er viktig for en bedrift i Norge, er ikke hva som er forbudt etter konkurranseloven § 10 (1). Det interessante er hva som faktisk er tillatt. Foretak vil gå til gruppefritaket for å se om en avtale faller inn under dette. Hvis avtalen omfattes av et gruppefritak vil den automatisk være lovlig. Denne vurderingen foretas av markedsaktøren

¹ Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger, av 5. mars 2004, nr. 12.

² Technology Transfer and the new EU Competition Rules s. 9.

³ Norsk Konkurranserett s. 28.

⁴ Løsningene på konkrete rettslige spørsmål ville uansett ha blitt den samme etter EØS-krrl. § 7, se Norsk Konkurranserett s. 30 flg. og s. 35 flg.

selv, men med myndighetene som kontrollorgan i etterkant.⁵ Gruppefritaket er dermed normerende for atferden foretakene imellom, ved at de vil forsøke å utforme avtalevilkår som oppfyller vilkårene for fritak.⁶ Når en avtale faller inn under et gruppefritak kan en nasjonal domstol ikke forby avtalen som ledd i en privatrettslig tvist, og konkurransemyndighetene kan ikke gripe inn i den.⁷

Formålet med avhandlingen er å sette lisensiering av immaterialrettigheter i en konkurranserettslig ramme. Lisensiering er en god måte for bedrifter å utnytte sine immaterialrettigheter på, særlig i tilfeller hvor bedriften selv ikke har ressurser til å produsere, distribuere og selge produktene selv.⁸ Med kunnskap om gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler kan bedrifter utnytte de muligheter som ligger i lisensiering av immaterialrettigheter, enten som lisensgiver eller lisenstaker. I redegjørelsen vil jeg se på hva som skal til for at slike avtaler faller innenfor eller utenfor fritaket.

1.2 Rettskildebildet

Her følger en kort gjennomgang av de viktigste rettskildefaktorene for anvendelse av forskriften.

1.2.1 Forskriften om anvendelse av konkurranselovens § 10 tredje ledd på grupper av teknologioverføringsavtaler

Forskriften er fastsatt av Fornyings- og Administrasjonsdepartementet den 6. juli 2006, med hjemmel delegert etter konkurranseloven § 10 (4).⁹ Gruppefritaket forskriften bygger på er et unntak fra EF-traktatens hovedregel om konkurranseretten i art. 81 (1), hjemlet i unntaksbestemmelsen i art. 81 (3). Forordningen med gruppefritaket, forordning nr.

⁵ Ot.prp. nr. 6, 2003-2004 s. 69.

⁶ Norsk Konkurranserett s. 295

⁷ Intellectual property in Europe, s. 822, se også Retningslinjene pkt. 34.

⁸ Intellectual Property in Europe, s. 749.

⁹ ”Gruppefritakene gitt etter art. 53 (3) og § 10, 4. ledd skal fortolkes likt”, Norsk Konkurranserett s. 296

772/2004, ble utstedt av EF-Kommisjonen den 27. april 2004. Om anvendelse av rettskildefaktorene fra EF-retten uttaler departementet i proposisjonen ”departementet fremhever at praksis fra EF-domstolen, EFTA-domstolen, Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan, vil være relevante tolkningsmomenter for fastsettelse av rekkevidden til forbudsbestemmelsene i den nye norske konkurranseloven”.¹⁰ Tilsvarende vil dette være relevante tolkningsmomenter for forskrifter gitt i medhold av forbudsbestemmelsene, krfl. §§ 10 og 11, se proposisjonen s. 68 flg.

1.2.2 Retningslinjene fra Kommisjonen

Retningslinjene Kommisjonen utsteder er prinsipper som skal legges til grunn ved vurderingene som gjøres etter forordningene.¹¹ Til gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler er Retningslinjene utstedt den 27. april 2004, nr. 2004/C101/02.

Formålet med Retningslinjene er etter pkt. 2 todelt. For det første skal de ”give vejledning i dels anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen”. For det andre skal de gi veiledning i ”anvendelsen af artikel 81 på teknologioverførselsaftaler, der falder uden for gruppefritagelsesforordningen”. Retningslinjene er altså etter ordlyden ikke preseptoriske rettsregler, men vil stå som en sentral tolkningsveileder for rettsanvenderen. De har etter pkt. 4 ingen formell verdi, de ”foregriber ikke Domstolens eller Førsteinstandsrettens fortolkning af artikkel 81 og gruppefritagelsesforordningen”.¹² Vektleggingen av Retningslinjene blir dermed ikke ulik anvendelsen av forvaltningspraksis i norsk rettstradisjon. Som utgangspunkt, veiledning og bakgrunnsinformasjon er kunnskap om forvaltningspraksis svært nyttig, men rettskildemessig har de ikke tung vekt.¹³ Videre skal

¹⁰ Ot.prp. nr. 6, 2003-2004, s. 68

¹¹ Retningslinjene pkt. 1.

¹² De er dermed å anse som ”soft law”, se EØS-RETT s. 210.

¹³ Rettskildelære s. 234: ”En forvaltningspraksis som står klar i strid med loven eller med en høyesterettsdom, har som regel ingen sjanse til å bli godtatt”.

hvert tilfelle vurderes konkret, i lys av de aktuelle omstendighetene. I pkt. 3 følges dette opp med; ”Dette utelukker en mekanisk anvendelse af retningslinjerne”. Fornuft og fleksibilitet fremheves som viktig ved anvendelsen. Det presiseres at de eksempler som gis kun er ment som nettopp eksempler, og på ingen måte skal ansees som uttømmende lister over hva som omfattes av gruppefritaket.

Etter min mening kan det være grunn til å stille spørsmål ved dette utgangspunktet.¹⁴ En rettsanvender som søker svar på et konkret spørsmål vil naturlig se hen til Retningslinjene for veiledning. Dermed vil det som eksplisitt trekkes frem kunne danne en ”mal” for vurderingene som gjøres. Foretak som har et berettiget ønske om å klargjøre sin egen rettsstilling vil i liten grad kunne vektlegge andre momenter enn de som klart fremkommer i Retningslinjene, uten å få større grad av usikkerhet rundt den løsningen som velges. Slik kan vektleggingen av ”fornuft og fleksibilitet” bli illusorisk for andre enn Retten eller Domstolen, som står som autoritativ tolker av både art. 81 og forordningene. Det er lite rettspraksis på området, og derfor er det få kilder til momenter og tolkingsalternativer for rettsanvenderen.

1.2.3 Rettspraksis / juridisk litteratur / norske forarbeider

Det er i skrivende stund ikke norsk rettspraksis om forståelsen av forskriften. Meg bekjent er den heller ikke behandlet i juridisk litteratur, forarbeider eller administrative avgjørelser. I behandlingen av konkurranseretten generelt står proposisjonen og standardverket Norsk Konkurranserett sentralt, men disse behandler ikke gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler. Rettsavgjørelser og juridisk litteratur om EF-traktaten art. 81 og gruppefritaket utstedt av Kommisjonen står derfor sentralt i rettskildebildet.¹⁵

¹⁴ For momenter i samme retning, dog med annen vinkling, se Technology Transfer and the new EU Competition Rules s. 5 pkt. 1.06 og 1.07 – som også gir god veiledning til tolkning av gruppefritaket.

¹⁵ Se Technology Transfer and the new EU Competition Rules s. xiii i bokens innledning for relevant rettspraksis om art. 81.

1.3 Fremstillingen videre

I det følgende vil jeg først ta for meg hensynene bak gruppefritaket i pkt. 2, før det i korthet redegjøres for hovedregelen i forskriften i pkt. 3 - denne får bredere omtale i de senere drøftelsene. Videre ser jeg på vilkårene for anvendelse av gruppefritaket i pkt. 4, hvor nødvendige begrepsavklaringer presenteres fortløpende. I pkt. 5 drøftes markedsandelstersklene i gruppefritaket. En oversikt over avtalevilkår som utelukker enten hele avtalen eller de konkrete vilkårene fra forskriften kommer så i pkt. 6 og 7. Avslutningsvis redegjøres det i pkt. 8 for reglene om håndheving og kontroll av forskriften.

2 Hensyn bak gruppefritaket

Formålet med den norske konkurranseloven er etter § 1 (1) å bidra til en ”effektiv bruk av samfunnets ressurser” gjennom å ”fremme konkurranse”. Videre skal hensynet til forbrukerne vektlegges etter § 1 (2), ved at det skal ”tas særlig hensyn til forbrukernes interesser” når konkurranseloven anvendes.¹⁶ Problemstillingen her er hvilke konkurranserettslige hensyn som er fremtredende for gruppefritaket. En redegjørelse om dette må ta utgangspunkt i § 10 (3), da det er hensynene der som generelt begrunner gruppefritakene.¹⁷ Det er fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at det skal kunne utstedes et gruppefritak.¹⁸

2.1 Effektivitetsgevinster

Det første vilkåret er at avtalen eller beslutningen ”bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varer eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling”. Her

¹⁶ Se Norsk Konkurranserett s. 52 flg. for en grundig redegjørelse om hensynene bak konkurranseloven.

¹⁷ Fortalen til forordningen pkt. 9 om tilsvarende etter artikkel 81 (3), se Technology Transfer and the new EU Competition Rules s.127 flg. for detaljer.

¹⁸ Ot.prp nr. 6, 2003-2004, s 59, om EØS-avtalen art. 53 (3) som krrl. § 10 (3) bygger direkte på. De to første benevnes gjerne som positive, de to siste som negative, jf. Norsk Konkurranserett s. 321.

defineres ”hvilke effektivitetsgevinster som er relevante i vurderingen etter tredje ledd”.¹⁹ Bestemmelsens ordlyd setter ingen begrensninger på hvem som skal ha fordelene av avtalen. I utgangspunktet skulle det dermed også kunne tas med i betraktningen den fordel som avtalepartene oppnår ved avtalen. Hensynene bak forbudet i første ledd innebærer imidlertid at bestemmelsen ikke bør tolkes slik. Disse tilsier at det kun er eventuelle samfunnsøkonomiske, ikke bedriftsøkonomiske, effektivitetsgevinster det kan legges vekt på.²⁰ Effektiv ressursbruk er ikke begrenset til dagens samfunn. I ”Norsk Konkurranserett” er dette omtalt som ”At avtaler som kan ”fremme den tekniske eller økonomiske utvikling” kan gis fritak fra forbudet i § 10 (1) og art. 53 (1) hvis de øvrige vilkår i § 10 (3) og art. 53 (3) er oppfylt, viser at § 10 og art. 53 ikke bare kan brukes til å beskytte, men også fremme konkurransens dynamiske funksjoner”.²¹ Virkemidlet som skal sikre en samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk er konkurranse. Effektivitetshensyn er ikke begrenset til samfunnsøkonomisk ressursbesparelse. At også ”kostnadsbesparelser og andre effektivitetsgevinster i bedriftene er relevante effektivitetsgevinster i den konkurranserettslige analyse, fremgår uttrykkelig av § 10, 3. ledd”.²² Konkurranse i seg selv vil imidlertid ikke alltid være tilstrekkelig for å oppnå målet om hensiktsmessig ressursallokering. Hvis det oppstår markedssvikt, vil myndighetene måtte sette i verk andre tiltak. Disse ligger utenfor konkurranselovens virkeområde å definere.²³

2.2 Forbrukerne skal oppnå en fordel ved effektivitetsgevinstene

²⁴Det andre vilkåret er at forbrukerne sikres en ”rimelig andel av de fordeler som er oppnådd”. Utgangspunktet er at effektivitetsgevinster i seg selv ikke er tilstrekkelig, det må

¹⁹ Norsk Konkurranserett s. 297.

²⁰ Norsk Konkurranserett s. 297.

²¹ På side 68.

²² Norsk Konkurranserett s. 98.

²³ Ot.prp. nr. 6 2003-2004, s. 32.

²⁴ Vilkåret er i Technology Transfer and the new EU Competition Rules, på s. 129 omtalt som ”... making consumer welfare the guiding principle for competition policy”, i omtalen av hvilken tilnærming som gjøres til konkurranseretten generelt i Retningslinjene, og dermed i EU.

kunne påvises at disse er en fordel for forbrukerne. Spørsmålet er hvilke effektivitetsgevinster som må komme forbrukerne til gode, og om det oppstilles vilkår om hvor store disse effektivitetsgevinstene i så fall må være. Til første spørsmålet skal det i korthet kun nevnes at effektivitetsgevinstene til forbrukerne både kan være prisreduksjon og økt og forbedret vareutvalg. Det oppstilles ikke kun vilkår om økonomisk fordel ved lavere pris.²⁵ Omfanget av effektivitetsgevinstene som kreves for at vilkåret skal være oppfylt fremkommer ikke av bestemmelsen ordlyd, i større grad enn at andelen må være ”rimelig”. En tolkning som tilsier at forbrukerne ”skal ha en rimelig kompensasjon for det tap de påføres som følge av konkurransebegrensende samarbeid”²⁶ er ut fra systematikken i § 10 den mest nærliggende. Vilkåret utelukker ikke at de ulike leddene i produksjonsskjeden også får en fordel av effektivitetsgevinstene, ellers ville et viktig incentiv til innovasjon blitt borte.

2.3 Forbudet mot å pålegge for omfattende restriksjoner

Det tredje vilkåret er i litra a at det ikke pålegges ”vedkomne foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige” for å nå de målene som er satt i de to første vilkårene. Dette er også omtalt som ”nødvendighetskriteriet”,²⁷ og innebærer at restriksjonene ikke kan pålegges med mindre gevinstene ved avtalen ikke kan oppnås ved andre tiltak. Et eksempel på nødvendighet er avtaler om utveksling av kunnskap som øker produktiviteten, og hvor avtalen er avgjørende for tilgang til kunnskapen.²⁸ Ordlyden tilsier videre at må det foretas en konkret vurdering av om det kan pålegges restriksjoner som er mindre inngripende enn de som er ”absolutt nødvendige” for å nå målene i de første to vilkårene i bestemmelsen. Tiltaket må dermed være forholdsmessig i forhold til formålet som oppnås ved det. Vurderingstemaet er om produksjonen eller distribusjonen er mer effektiv med enn uten

²⁵ Norsk Konkurranserett s. 321 flg. Om tilsvarende tolkning i EU, se Konkurranceretten i EU, s. 136.

²⁶ Norsk Konkurranserett s. 323.

²⁷ Norsk Konkurranserett s. 337.

²⁸ Norsk Konkurranserett s. 337.

avtalen.²⁹ Dette får tilsvarende virkning som det alminnelige prinsipp om proporsjonalitet i pålegg fra forvaltningen.

2.4 Restkonkurranseskriteriet

Det fjerde og siste vilkåret er at foretakene ikke skal gis ”mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder”. Fjerde vilkår skal hindre at foretakene sikrer seg en for dominerende stilling på det aktuelle markedet, enten ved at det ikke lenger er effektiv konkurranse i markedet eller ved at en begrenset konkurranse forsvinner helt.³⁰ Hvor konkurransebegrensende en avtales virkninger er vil i stor grad avhenge av situasjonen i markedet, med avtalepartenes markedsandeler som en viktig faktor. I et marked med svært begrenset konkurranse, kan en liten konkurransebegrensning ha store konsekvenser. Dersom markedet fungerer bedre, må situasjonen etter avtalen trår i kraft vurderes konkret. Den skaden det medfører at markedsmekanismen settes ut av spill er betydelig, og oppveies ikke av en kortsiktig effektivitetsgevinst.³¹

3 Forskriften om gruppefritak for teknologioverføringsavtaler

Forskriften er et unntak fra det rettslige utgangspunktet i krrl. § 10 (1), og er hjemlet i § 10 (3). Den skal ivareta hensyn som hovedregelen i seg selv ikke er tilstrekkelig til å ivareta, eller ikke kan ivareta med den utformingen den har. Dette er særlig hensynet til innovasjon, forskning og utvikling.³² Forskriften bygger på de samme begrunnelser som § 10 (3) ved at ”de to lovkomplekser (deler) samme grunnleggende formål, nemlig å fremme forbrukernes

²⁹ Norsk Konkurranserett s. 337.

³⁰ Norsk Konkurranserett s. 337 flg.

³¹ Norsk Konkurranserett s. 322

³² Begrunnet i behovet for andre rammebetingelser enn hva som er tillatt etter krrl. § 10 (1). Forskning og utvikling blir heretter forkortet FoU.

velferd og en effektiv ressursallokering” etter Retningslinjene pkt. 7. Det er i forskriften § 2 hovedregelen fremkommer, og som presenteres i det følgende.³³

3.1 Ikke-anvendelse av konkurranseloven § 10 (1), forskriften § 2 (1)

Metodisk gjøres unntaket ved at krrl. § 10 (1) ikke kommer til anvendelse på en gruppe av teknologioverføringsavtaler, jf. forskriften § 2 (1). Det er imidlertid flere vilkår for at gruppefritaket skal komme til anvendelse, disse redegjøres det for under. For det første må teknologioverføringsavtalen være inngått ”mellom to foretak”.³⁴ Lisensavtaler med flere enn to parter vil imidlertid reise mange tilsvarende problemstillinger som avtaler mellom to foretak. For EF-rettens vedkomne, i EU, vil Kommisjonen etter Retningslinjene til forordningen pkt. 40 i.f. ”anvende prinsipperne i gruppefritagelsesforordningen analogt”, ved den individuelle vurderingen som skal gjøres ved slike avtaler. For norske foretak vil situasjonen også her bli at de selv må vurdere sin rettsstilling etter krrl. § 10.

3.2 Om ikke-anvendelsen av konkurranseloven § 10 (1), forskriften § 2 (2)

I bestemmelsens annet ledd presiseres unntaket. Ved å konkretisere at det er de ”konkurransebegrensninger som faller inn under virkeområdet til § 10 første ledd” som omfattes av forskriften, understrekes klart poenget at fravær av konkurransebegrensninger er sentralt i konkurranseretten som helhet. Avtaler som ikke faller inn under krrl. § 10 (1) er ikke ansett for ha negative virkninger for konkurransen, og er dermed tillatt. Den videre redegjørelsen for ikke-anvendelsen etter annet ledd følger i avsnitt 4.2.1 om betingelser for ikke-anvendelse av krrl. § 10 (1), fordi den hører naturlig til sammen med drøftelsen av avtalebegrepet i forskriften. En begrensning som ikke fremkommer i § 2, er at forskriften etter § 7 kun ”gjelder til 30. april 2014”. Dette tilsvarende forordningens tidsmessige varighet.

³³ Her følger kun hovedpunktene i § 2, redegjørelsen må sees i sammenheng med de påfølgende kapitler.

³⁴ Se under drøftelsen i pkt. 4.2 ”avtalebegrepet i forskriften”, for en redegjørelse om begrepet ”mellom to foretak”.

4 Vilkår for anvendelse av gruppefritaket

Konkurranseretten er i stadig utvikling. I jungelen av forordninger, direktiver og avgjørelser fra EU, er det fort gjort å trå feil. Det som var gjeldende rett i går, er rettshistorie i morgen. For foretak som har et berettiget behov i å avklare egen rettsstilling, er forutsigbarhet og oversikt over de til enhver tid gjeldende regler viktig. Det sentrale spørsmålet er derfor hva gruppefritaket omfatter. Omfanget av begrepet ”teknologioverføringsavtaler” blir dermed den saklige avgrensningen av gruppefritakets anvendelsesområde. Gruppefritaket har et videre anvendelsesområde enn det som var tilfellet for ordningen av 1996.³⁵ Problemstillingen i det følgende er hva som ligger i begrepet ”teknologioverføringsavtaler”, og hvilket anvendelsesområde dette har. I det følgende redegjøres for dette, ved en positiv oppstilling av avtaler som omfattes. Hvis en avtale ikke faller inn under det som redegjøres for under, vil den dermed ikke være unntatt etter gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler.

4.1 Teknologioverføringsavtaler

I forskriften er ”teknologioverføringsavtaler” definert i § 1 (1) (b). Rekkevidden av forskriften kommer imidlertid ikke klart frem før denne bestemmelsen drøftes i lys av hvordan hvert enkelt begrep i definisjonen skal forstås.

Det avgrenses i det følgende mot avtaler om overføring av immateriellrettigheter, eksempelvis varemerker, som i seg selv ikke er omfattet av gruppefritaket.³⁶ Avtaler om varemerker inneholder i seg selv ikke de elementer av ”teknologi” som er påkrevd for å falle inn under forskriftens anvendelsesområde. Hvis de inngår i en avtale som også angår utnyttelsen av den overførte teknologi, kan de omfattes av forordningen. Vilkåret for dette er da at varemerket ikke utgjør hovedformålet med avtalen.³⁷

³⁵ Se An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 372 for detaljer om denne.

³⁶ Konkurranseretten i EU s. 471.

³⁷ Konkurranseretten i EU s. 471.

4.1.1 "Teknologi"

For å avklare innholdet i bestemmelsen, må begrepet "teknologi" innledningsvis avgrenses i relasjon til forskriften. Den leksikalske definisjonen av "teknologi" er "læren om råstoffenes egenskaper og bearbeidelse til ferdige produkter og om redskaper og metoder som skal benyttes til det. Bruk av vitenskapelige resultater, f. eks. datateknologi"³⁸. Dette viser hvor omfattende teknologibegrepet er. Teknologi kan være et element i andre typer avtaler enn teknologioverføringsavtaler, og dermed også falle inn under andre gruppefritak.³⁹ I det følgende er teknologi å forstå som den teknologi som er omfattet av en teknologioverføringsavtale under gruppefritaket. Til teknologibegrepet i denne sammenhengen vil også softwarerettigheter omfattes, betegnet som "opphavsrettslisensavtale for programvare" i forskriften § 1 (1) (b). På dette punktet fastsetter gruppefritaket en bredere regulering enn det som har forekommet på området tidligere.⁴⁰

I forskriften skal "immaterialrettigheter" forstås som "industrielle rettigheter, knowhow⁴¹, opphavsrett og beslektede rettigheter", jf. § 1 (1) (g). Beslektede rettigheter er etter ordlyden rettigheter som har en naturlig sammenheng eller tilknytning med de foran nevnte. Videre er det former for immateriellrettigheter som i utgangspunktet ikke omfattes av forskriften, men som allikevel kan omfattes hvis særlige vilkår er oppfylt. Varemerker og opphavsrettigheter er kun omfattet hvis disse elementene ikke utgjør avtalens hovedformål, og overføringen av slik viten har direkte sammenheng med utnyttelsen av den overførte teknologi.⁴² Opphavsrettigheter i programvare kan imidlertid omfattes, hvis overføringen har bakgrunn i reproduksjon og distribusjon for videresalg av det verket

³⁸ Aschehoug og Gyldendals lille norske leksikon s. 1014.

³⁹ Konkurranceretten i EU s. 470.

⁴⁰ Konkurranceretten i EU s. 469.

⁴¹ Knowhow forklares i avsnitt 4.2.4.

⁴² Retningslinjene pkt. 50.

opphavsretten beskytter. I disse tilfellene vil overføring av opphavsrettigheter ansees som overføring av teknologi.⁴³

4.1.2 "Overføring"

At det er et vilkår om "overføring" av teknologi følger av forskriften § 2 (1). Overføring blir her motsetningen til avtaler om kjøp av varer⁴⁴ eller tjenester, eller lisens på rettigheter som ikke omfattes av forskriftens anvendelsesområde. Slike avtaler omfattes ikke av forskriften, med mindre de ikke utgjør avtalens hovedformål. Det vil her oppstilles et strengt tilknytningskriterium⁴⁵ mellom den overførte teknologi og de produkter eller produksjonsprosesser mottaker av teknologien skal motta. Retningslinjene gir i pkt. 49 veiledning for når tilknytningskriteriet vil være oppfylt: "Dette vil med al sandsynlighed være tilfældet, når de bundne produkter består af udstyr eller procesinput, der er skræddersyet til at sikre en effektiv udnyttelse af den overførte teknologi". Dersom kriteriet ikke er oppfylt, vil ikke avtalen falle inn under gruppefritaket.⁴⁶ Skjæringspunktet for hva som vil utgjøre avtalens hovedformål vil kunne være vanskelig å fastslå, og må gjøres på bakgrunn av en grundig undersøkelse.⁴⁷ Den benevnningen foretakene selv setter på avtalen, om den omtales som eksempelvis "salg", "overføring" eller "lisensiering", har naturligvis ingen betydning for vurderingen.⁴⁸ Her som ellers er det avtalens realitet som er avgjørende for hvordan den skal klassifiseres.

⁴³ Retningslinjene pkt. 51.

⁴⁴ Se avsnitt 4.2.7 for vilkår som må være oppfylt for at avtaler som inneholder bestemmelser om salg og kjøp av produkter.

⁴⁵ Omtalt som en "direkte relation" i Retningslinjene pkt. 49.

⁴⁶ Retningslinjene pkt. 49.

⁴⁷ Retningslinjene pkt. 49.

⁴⁸ Konkurranceretten i EU s. 472.

4.2 Avtalebegrepet i forskriften

Avtalebegrepet i en forskrift vil alltid måtte bygge på det avtalebegrep som anvendes i den loven forskriften er gitt i medhold av. Det er dermed avtalebegrepet i krrl. § 10 (1) som er utgangspunktet for anvendelsen av gruppefritaket på teknologioverføringsavtaler.⁴⁹ En tolkning av avtaledefinisjonen i forskriften er her allikevel nødvendig, for å ha rammene klart for seg når anvendelsen av gruppefritaket drøftes under.

Det følger av ordlyden at en avtale, foruten en enkelt identifiserbar avtale mellom foretak, er ”en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, eller en samordnet opptreden”. Det er altså ikke noe vilkår at det kan vises til en konkret avtale, det vil være tilstrekkelig at det bevises en samordnet opptreden. EFTA-domstolen la en slik vid tolkning av avtalebegrepet til grunn i sak E-3/97, Jan og Kristian Jæger AS mot Opel Norge AS. Saken gjaldt EØS-avtalen art. 53 (1), som krrl. § 10 (1) bygger på. Partene var uenige om det etter norsk kontraktsrett var inngått en bindende avtale, og om Opel hadde presset vilkår om eierstruktur i opprettelsen av et nytt selskap på motparten.⁵⁰ Domstolen var blant annet anmodet om en rådgivende uttalelse, en ”advisory opinion” om avtalebegrepet i art. 53. Denne er tilsvarende EF-traktatens art. 81, og tolkningsmomentene blir i all hovedsak de samme.⁵¹ Domstolen understreket at avtalebegrepet i EØS-avtalen, som den var anmodet om å uttale seg om, var autonomt og derfor ikke alltid vil sammenfalle med de ulike avtalerettslige betingelsene i forskjellige medlemsland.⁵² Videre uttales ”According to decisions of the ECJ and CFI regarding the concept of Article 85 (1) EC [nå art. 81 (1)], the minimum requirement for there to be an “agreement” within the meaning of the provision in an expression of a joint intention of the parties involved to conduct themselves on the market in a specific way, the object or the effect of the conduct being the prevention, restriction or distortion of competition.” Det fremkommer ikke vilkår i uttalelsen for hvordan denne felles intensjon må ha manifestert seg. Domstolen understreker at

⁴⁹ Se Norsk Konkurranserett s.230 flg. for en redegjørelse om avtalebegrepet i krrl. § 10 (1).

⁵⁰ Premiss 14.

⁵¹ Unntak kan gjelde for de forhold som ikke er omfattet av EØS-avtalen.

⁵² Premiss 35.

forhandlinger som ikke har ført frem til at partene har uttrykt en felles intensjon ikke faller inn under avtalebegrepet i bestemmelsen. Heller ikke tilbud fra én part, og som minimumsvilkår ikke er akseptert gjennom uttrykt felles intensjon, vil omfattes.⁵³ I det følgende dekker uttrykket ”avtale” derfor også beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden av slike.⁵⁴

Videre følger det av ordlyden i forskriften § 2 (1) at teknologioverføringsavtalen må være inngått ”mellom to foretak”. Ordlyden er her klar, det gis ikke rom for analogisk anvendelse av bestemmelsen på avtaler som er inngått mellom flere foretak. Her er det to sentrale elementer; om avtalen er *inngått* mellom flere enn *to foretak*.⁵⁵ Alminnelige avtalerettslige prinsipper vil måtte legges til grunn for vurderingen av om en avtale er ”inngått”. At en lisensavtale har *virksomheter* for flere enn to foretak ekskluderer den ikke fra å falle inn under forskriften. Retningslinjene forklarer dette i pkt. 39 som at ”Gruppefritagelsesforordningen finder f.eks. anvendelse på en licensavtale, der ikke blot har relation til produktionen af et produkt, men også til distribusjonen af produktet, idet den indeholder de forpligtelser, som licenstagere skal eller kan pålægges forhandlerne af de produkter, der produceres på licens”. Hvordan ”to foretak” skal forstås, er ikke så opplagt som ordlyden kan tilsi. Etter rettspraksis fra EF-domstolen om art. 81 (1)⁵⁶ legges det til grunn at foretakene må være økonomisk uavhengige av hverandre for å omfattes av betegnelsen. Mor- datterselskaper er eksempelvis ikke økonomisk uavhengige. Datterselskapet vil ikke ha noen reell selvbestemmelse utover den morselskapet tillater, og vil ikke kunne inngå teknologioverføringsavtaler som faller inn under gruppefritaket med hverandre.⁵⁷

⁵³ Premiss 36.

⁵⁴ Slik forstås og anvendes også avtalebegrepet i Retningslinjene, se note 4 til pkt. 5.

⁵⁵ Retningslinjene pkt. 38 i.f..

⁵⁶ Doktrinen om én økonomisk enhet, se Norsk Konkurranserett s. 250 flg.

⁵⁷ Avtaler mellom mor- datterselskapet, eller andre selskaper innenfor samme konsern må allikevel falle inn under krrl. § 10 (1) for å være ulovlige, hvilket det er gode grunner for at de ikke bør gjøre, se Norsk Konkurranserett s. 251.

Andre eksempler på hva som omfattes av avtalebegrepet vil være en ”gentlemens agreement” – uten vilkår om skriftlig nedtegning av avtalen, regler fastsatt av bransjeorganisasjoner – forutsatt at de etterleves i praksis, samt rettsforlik.⁵⁸

Avgrensningen av avtalebegrepet blir i denne sammenhengen mot pålegg fra det offentlige, som resultat av myndighetsutøvelse, er ikke omfattet av konkurranseretten, og vil dermed ikke kunne omfattes av en ”avtale”.⁵⁹

4.2.1 Betingelser for ikke-anvendelse av krrl § 10 (1)

Dette er en fortsettelse av redegjørelsen for vilkårene som oppstilles i forskriften § 2 (2), som må være til stede for at unntaket skal komme til anvendelse. Det følger av den, nær selvsagte, bestemmelsen i annet punktum – at den lisensierte teknologien ikke må være utløpt, bortfalt eller erklært ugyldig. Hvis ikke grunnlaget for avtalen, her eksempelvis et patent, er gyldig, kan heller ikke avtalens bestemmelser som omhandler patentet være gyldige. Det poengteres tilsvarende at den aktuelle knowhow må være hemmelig. I motsatt fall ville det ikke være knowhow det er behov for en lisensavtale fra rettighetshaveren for å utnytte. Fra det siste gjøres nok et unntak. Dersom det er rettighetshaveren til den aktuelle knowhow som har gjort at knowhowen er ”kjent for offentligheten”, er virkningen at ”unntaket får anvendelse så lenge avtalen løper”. Hvis lisenstakeren ikke får rett til å utnytte teknologien, vil avtalen ikke omfattes av forskriften.⁶⁰

Forskriften omfatter også utviklingsavtaler, avtaler der lisenstakeren skal utvikle en produksjonsprosess eller et produkt for lisensgiveren. I slike avtaler må det identifiseres et avtaleprodukt. Hvis ikke et slikt kan identifiseres, vil ikke avtalen være unntatt det rettslige utgangspunktet i krrl. § 10 (1). Dette unntaket avgrenses mot avtaler som ”gir lisens på en

⁵⁸ Norsk Konkurranserett s. 231.

⁵⁹ Konkurranseretten i EU s. 24, tilsvarende Norsk Konkurranserett s. 231.

⁶⁰ Retningslinjene pkt. 41.

teknologi med det formål å sette lisenstakeren i stand til å utføre *ytterligere* (min uthevnning) forskning og utvikling på forskjellige områder”.⁶¹ Skillet går her mellom avtaler hvor det klart kan identifiseres hva partene har avtalt, og mindre konkrete FoU-avtaler. Retningslinjene eksemplifiserer i pkt. 45 dette som ”licenser på teknologiske forskningsredskaper, der benyttes som led i videre forskningsaktiviteter”. Som de andre eksemplene i Retningslinjene er dette ikke uttømmende, men ment som veiledning i vurderingen av avtalen. Heller ikke underleveranseavtaler⁶² om FoU faller inn under forskriften.⁶³ Utfordringen for foretak som ønsker å få en avtale om utviklingsarbeid av produkter eller prosesser inn under forskriftens unntak, er å få identifisert avtaleproduktet i tilstrekkelig grad, slik at avtalen ikke fremstår som for generelt utformet. En avtale som inneholder en direkte forbindelse mellom et spesifikt produkt og den overførte teknologi, vil omfattes av forskriften.⁶⁴ I motsatt fall vil avtalen falle inn under de alminnelige konkurranserettslige begrensninger.

4.2.2 Lisensavtaler

Lisensavtaler innebærer en utnyttelsesrett av immateriellrettigheter, som eieren ved avtale gir lisenstakeren rett til å utnytte i det omfang som er fastsatt i avtalen.⁶⁵ Avtalen skiller seg fra salg ved at det er tale om en partiell rett. Den opprinnelige rettighetshaver beholder alle rettigheter som ikke er regulert i avtalen. Han forblir også eier av immateriellrettigheten. Lisensavtaler er normalt konkret begrenset, eksempelvis til et gitt antall år eller et gitt kvantum.⁶⁶

⁶¹ Retningslinjene pkt. 45.

⁶² Se avsnitt 4.2.11 om underleverandøravtaler.

⁶³ Det er imidlertid utstedt et eget gruppefritak for felles forskning og utvikling, som slike avtaler kan omfattes av. For detaljer gruppefritaket for FoU, se Norsk Konkurranserett s. 405 flg.

⁶⁴ Retningslinjene pkt. 45.

⁶⁵ Norsk Konkurranserett s. 752.

⁶⁶ Konkurranceretten i EU s. 462 flg.

Forholdet mellom lisensavtaler og patentrettigheter er godt beskrevet i Konkurranceretten i EU på s. 464: ”Lisensaftalen er grunnleggende ønskelig for samfundet, fordi aftalen sætter licenstagere i stand til at udnytte en teknologi, som han på grund af patentretten ellers ville være afskåret fra at udnytte”. Slik er lisensavtaler også konkurransefremmende ved at teknologien spres til flere som kan nyttiggjøre seg den, og produksjonen kan bli mer effektiv. Det er imidlertid hensyn som taler for begrensninger i hva som kan avtales i en lisensavtale, særlig gjelder dette ut fra konkurransemessige betraktninger.

Teknologioverføring er kun en av dem. Faren for misbruk er, her som ellers, alltid til stede. Dette fordrer at det finnes sterke og uavhengige kontrollinstanser som skal ivareta hensynene som ligger bak utformingen av konkurranselovgivningen. I Norge har Konkurransetilsynet denne rollen, mens det i EU er de enkelte lands konkurransemyndigheter som ivaretar dette utover den rollen Kommisjonen har.

4.2.3 Patentlisensavtaler

Videre må det defineres hva som menes med ”patenter” etter forskriften, og undersøkes om det er et annet patentbegrep enn etter patentloven. Utgangspunktet i patentloven⁶⁷ § 1 er at det kan tildeles et patent til ”den som har gjort en oppfinnelse som kan utnyttes industrielt” og som kan være ”innenfor ethvert teknisk område”.⁶⁸ Anvendelsesområdet etter patentloven er etter ordlyden svært vidt, og ikke begrenset til særlige vitenskapelige områder. Patenter defineres i forskriftens betydning i § 1 (1) (h) som ”patenter, patentsøknader, bruksmønstre, søknader om registrering av bruksmønstre, mønstre, kretsmønstre for halvlederprodukter, supplerende beskyttelsessertifikater for legemidler eller andre produkter som det kan utstedes supplerende beskyttelsessertifikater for samt planteformersertifikater”. En patentlisensavtale er altså i forskriftens betydning en avtale om overføring av lisens til utnyttelse av rettigheter. Etter Retningslinjene pkt. 43 ”består

⁶⁷ Lov om patenter, 1967 nr. 9.

⁶⁸ Tilsvarende følger av TRIPS-avtalen, som alle europeiske land er underlagt som medlemmer av WTO, se ”Intellectual Property in Europe”, s. 63 flg. for detaljer. Det er ikke felles regler i EU om patenter, se s. 707 flg.

essensen af en ægte patentlicens i retten til at operere inden for grænserne af den eksklusive rettighed, der følger med patentet”. Forskriftens positive angivelse av patentbegrepet er her en presisering av patentlovens patentbegrep. Det ligger utenfor denne avhandlingens ramme å drøfte patentbegrepet nærmere.⁶⁹

4.2.4 Knowhowlisensavtaler

Knowhow er definert i forskriften § 1 (1) (i) som ”en helhet av ikke-patentert praktisk viten som følge av erfaring og prøving”. Videre er det tre kumulative vilkår i punkt i) - iii) som må være oppfylt. At vilkårene er kumulative følger av bindeordet ”og”, in fine i punkt ii). Vilrårene er at den aktuelle viten er ”i) hemmelig, det vil si at den ikke er allment kjent eller lett tilgjengelig”, den må være ”ii) betydelig, det vil si at den er viktig og nyttig for produksjon av produktene omfattet av avtalen” og til slutt at den er ”iii) identifisert, det vil si at den er beskrevet på en måte som er tilstrekkelig omfattende til at det er mulig å etterprøve om den oppfyller kriteriene ”hemmelig” og ”betydelig” ”. Kunnskapen trenger altså ikke å være patentert for å være omfattet av forskriften.

Til punkt i): Hvor lett tilgjengelig kunnskapen må være før den ikke lenger er å anse som ”hemmelig” vil nok i praksis være en vanskelig grense å trekke. Det må bygges på objektivt konstaterbare fakta fra det tidsrommet avtalen ble inngått, og videre i dennes virkeperiode. Etter ordlyden ”hemmelig” er det naturlig å legge en snever tolkning til grunn, da dette vilkåret i seg selv fremkommer som ment for å begrense hva som omfattes. Forklaringen på hva som ligger i ”hemmelig” i det samme punktet taler imidlertid for et noe mildere vilkår. Det er ikke et vilkår at den aktuelle viten skal være utilgjengelig for andre, men at den ikke skal være ”allment kjent eller lett tilgjengelig”. Viten som er tilgjengelig, selv om det vil kreve ekstra innsats for å frembringe den, vil dermed ikke være ”hemmelig” i følge forklaringen i punkt i).

⁶⁹ Se Are Stenviks ”Patentrett” 2 utg. 2006, for grundig redegjørelse av spørsmål vedrørende patentrettigheter.

Til punkt ii): Vurderingen av om den nye viten er ”betydelig” må sees i lys av om den har bidratt vesentlig til å lette produksjonen av avtaleproduktene. Betydelighetsvilkåret vil ikke være oppfylt hvis produktet kunne ha vært produsert med fritt tilgjengelig teknologi. I slike tilfeller vil heller ikke vilkåret om ”hemmelig” viten være oppfylt. Det oppstilles ikke noe vilkår om at avtaleproduktet ”skal være af større værdi end produkter produceret ved hjælp af frit tilgjengelig teknologi”, jf. Retningslinjene pkt. 47.

Til punkt iii): Dette vilkåret er tatt med for at det skal være mulig å bekrefte at den overførte viten tilfredsstiller vilkårene til ”hemmelig” og ”betydelig” knowhow. Etter ordlyden er det ikke formkrav til beskrivelsen. Det mest praktiske vil være skriftlig nedtegnelse, men det oppstilles ikke noe vilkår om dette. Skriftlighet vil klart være tilstrekkelig, men ikke påkrevd. Opplæring av ansatte vil kunne være tilstrekkelig, hvis den generelle karakteren av knowhowen er beskrevet i avtalen og navnene til de aktuelle ansatte oppgis.⁷⁰ Dette sikrer klarhet for hva som er avtalt.

4.2.5 Opphavsrettslisensavtaler for programvare

Det følger av forskriften § 1 (1) (b) at det kun er opphavsrettslisensavtaler for programvare, og ikke andre opphavsrettslisensavtaler, som omfattes av forskriften. Lisensiering av programvarerettigheter er svært praktisk, særlig av to grunner.⁷¹ For det første er det en meget rask teknologisk utvikling, som gjør varigheten en rettighetshaver kan forvente inntjening på sin rettighet kort. Videre er det i stor grad behov for hver enkelt kunde til å tilpasse en programvare til sitt behov, en tilpassing som vil kunne være vanskelig å gjennomføre for eieren av patentet. Dette er første gang opphavsrettslisenser for programvare er inkludert i et gruppefritak.⁷²

⁷⁰ Retningslinjene pkt. 47.

⁷¹ EC Competition Law s. 852.

⁷² EC Competition Law s. 810.

Om andre opphavsrettslisensavtaler fremgår det av Retningslinjene pkt. 51 i.f. at ”Skønt gruppefritagelsesforordningen ikke dækker andre ophavsrettigheder end softwarerettigheder, vil Kommisjonen som hovedregel tage udgangspunkt i principperne i gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer ved vurderingen efter artikel 81 af sådanne aftaler om overførsel af ophavsrettigheder.” Programvarerettigheter er i EU beskyttet av direktiv 91/250⁷³. Hensikten med direktivet er å gi ensartet beskyttelse av programvarerettigheter i medlemsstatene.⁷⁴

4.2.6 Kombinerte avtaler

At avtaler som kombinerer elementer fra patentlisensavtaler, knowhowlisensavtaler og opphavsrettsavtaler for programvare også faller inn under forskriften, følger av § 1 (1) (b). Vilkåret for at de skal omfattes er at hovedformålet med avtalen faller inn under forskriften. Kombinerte avtaler er svært vanlige, eksempelvis kombinasjonen av lisens på et patent og knowhow i samme avtale.⁷⁵ Ved å inkludere slike kombinerte avtaler forhindres den uheldige virkningen som ellers kunne ha forekommet, ved at slike avtaler ikke hadde blitt realisert. Ettersom avtaler om teknologioverføring ved lisensiering er ansett som et samfunnsøkonomisk gode, ville et forbud mot kombinerte avtaler ha virket mot en vesentlig del av formålene bak unntaket EF-traktaten art. 81 (3). Den antatte overvekten av positive elementer fører til at teknologioverføringsavtaler er tillatt.

4.2.7 Avtaler som inneholder bestemmelser om salg og kjøp av produkter

Dette alternativet følger av § 1 (1) (b) 1. pkt. Ved at avtaler med bestemmelser om kjøp og salg av produkter kan omfattes, utvides rekkevidden av forskriften. Forutsetningen er at ”disse bestemmelsene ikke utgjør avtalens hovedgjenstand, og at de er direkte knyttet til

⁷³ Utstedt av Rådet.

⁷⁴ EC Competition Law s. 852.

⁷⁵ EC Competition Law s. 810.

produksjon av produktene omfattet av avtalen.” Etter ordlyden ”forutsatt” er vilkårene prepositoriske. Hvis ikke disse er oppfylt, vil ikke avtalen omfattes av gruppefritaket.

Om kjøp og salg av produkter utgjør ”avtalens hovedgjenstand”, må vurderes ut fra avtalen som helhet. At vilkåret er satt til ”hovedgjenstand”, gir etter ordlyden inntrykk av at det ikke er krav til mer enn en marginal overvekt. En ordlydsfortolkning gir dermed ikke grunnlag for legge et snevert anvendelsesområde til grunn for forståelsen av ”hovedgjenstand”. I den danske oversettelsen av forordningen forskriften bygger på er imidlertid begrepet ”primære formål” brukt. Det norske begrepet kan altså etter ordlyden forstås dit hen at en overvekt av andre formål enn kjøp eller salg er tilstrekkelig, mens den danske versjonen taler for at bestemmelsen(e) om kjøp eller salg kun kan være en mindre del av avtalen. Den engelske versjonen av forordningen taler om ”primary object”, som gir støtte for en snever fortolkning av dette vilkåret. I EC Competition Law s. 810, er dette beskrevet som at ”provided that the licence of the other right (s) is only ancillary to the licence of the covered rights and not the “primary object” of the agreement”. Det er i teorien oppstilt et vilkår om at den overførte teknologien, som i utgangspunktet ikke omfattes av gruppefritaket, må stille lisenstakeren i bedre stand til å utnytte den lisensierte teknologien som omfattes av gruppefritaket.⁷⁶ Hensynene bak gruppefritaket er i stor grad de positive effekter som forventes av avtaler om teknologioverføring. Hvis gruppefritaket blir tolket for vidt kan det i større grad åpne for kreative avtaler, designet for å omgå det rettslige utgangspunktet – forbudet i krrl. § 10 (1)/artikkel 81 (1) mot avtaler som har som formål eller virkning å på noen måte hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Dette taler for en snever anvendelse av gruppefritaket, inntil Kommisjonen eller Konkurransetilsynet eventuelt ser behov for å utvide det, og er tilsvarende begrunnelsen for at gruppefritak som et utgangspunkt skal tolkes snevert.⁷⁷ I den norske oversettelsen burde, etter min mening, og basert på momentene over, ”hovedgjenstand” vært erstattet med ”primære formål”.

⁷⁶ Intellectual property in Europe s. 825.

⁷⁷ Se fortalet til Forordningen pkt. 9.

Videre er det andre vilkåret at bestemmelsene om kjøp og salg i avtalen skal være ”direkte knyttet til produksjon av produktene omfattet av avtalen.” Andre bestemmelser enn de som er direkte knyttet til slik produksjon vil dermed være utelukket fra å falle inn under forskriften. Her må tilknytningskravet også tolkes strengt etter ordlyden. De danske og engelske utgaver gir støtte for dette, med henholdsvis ordlyden ”direkte forbindelse” og ”directly related”.

4.2.8 Lisensavtaler om andre immateriellrettigheter

Inn under dette alternativet faller avtaler om de immaterialrettigheter som isolert sett ikke er inkludert i gruppefritaket. De kan imidlertid omfattes, vilkårene er da de samme som for avtaler som inneholder kjøp og salg av produkter. Likebehandlingen med slike avtaler er begrunnet i at andre former for immaterialrettigheter ved bestemmelsen kun omfattes av gruppefritaket hvis de sikrer utnyttelsen av den overførte teknologi.⁷⁸

4.2.9 Avtaler om overdragelse av immateriellrettigheter

Etter ordlyden i § 1 (1) (b) er også ”avtaler som inneholder bestemmelser om ... overdragelse av immaterialrettigheter” tatt inn under definisjonen av ”teknologioverføringsavtaler”. Til disse knytter det seg imidlertid spesifikke begrensninger. Vilårene i de tilfellene de kan omfattes er de samme som ved avtaler som inneholder bestemmelser om kjøp og salg av produkter. Begrunnelsen for likebehandlingen er den samme som for lisensavtaler om andre immaterialrettigheter.

4.2.10 Overdragelser hvor en del av risikoen ved avtalen forblir hos overdrageren

Etter forskriften § 1 (1) (b) 2. pkt. kan overdragelse av rettigheter som ikke faller inn under alternativene i 1. pkt. allikevel omfattes av gruppefritaket, ved at de ”skal ... ansees som

⁷⁸ Retningslinjene pkt. 50.

teknologioverføringsavtaler”, jf. 2. pkt. i.f. Dette gjelder ”overdragelse av patenter, knowhow, opphavsrett til programvare eller en kombinasjon av disse”, forutsatt at ”en del av risikoen forbundet med utnyttningen av teknologien forblir hos overdrageren”. Hvor stor del av risikoen som må forbli hos overdrageren fremkommer ikke klart av bestemmelsens ordlyd, hvor vilkåret er ”en del”. Heller ikke de engelske eller danske utgavers ordlyd gir klare svar, ”part of the risk” og ”en del av risikoen”. Den norske oversettelsen i forskriften fremstår her som treffende⁷⁹, og noen tilleggsmomenter kommer i fortsettelsen. Risikoen for en del av utnyttelsen ansees etter ordlyden ”særlig” å forbli hos overdrageren når ”beløpet som skal betales som motytelse for overdragelsen er avhengig av den omsetning erververen oppnår for produkter produsert ved hjelp av den overdratte teknologi, mengden produserte produkter eller antallet operasjoner utført ved hjelp av vedkommende teknologi”. Dette skal ikke forstås som en uttømmende angivelse, siden ”særlig” er tatt med i innlegningen til passusen. Ordvalget er tilsvarende den danske og engelske utgaven. Her kommer vektleggingen av tilknytning mellom overføring og utnyttelse klart frem, som igjen understreker den legislative begrunnelsen for gruppefritaket – det er for å lette produksjon, fremme innovasjon og dermed hente ut effekter som er både samfunnsøkonomisk og forbrukermessig gunstige at unntaket er gitt.

4.2.11 Særlig om underleverandører og underleveranser

Avtaler som omfatter en rett for lisenstakeren til å gi en tredjepart underlisens på den overførte teknologien, omfattes også av forskriften. Vilkåret er at avtalens hovedformål er produksjonen av avtaleproduktene.⁸⁰ Også ved avtaler hvor hovedformålet er slik underlisens vil Kommisjonen bruke prinsippene i gruppefritaket analogisk, tilsvarende andre avtaler som ikke omfattes. Underleveranseavtaler faller videre inn under forskriftens virkeområde. Dette er avtaler hvor foretaket som overfører lisensen får en gitt mengde eller et gitt antall produkter produsert til seg av lisenstakeren, vilkårene vil her være fastsatt i avtalen mellom partene. Her må den overførte teknologi danne grunnlaget for

⁷⁹ Gitt den forutsetningen at like regler på området er målet.

⁸⁰ Retningslinjene pkt. 42.

produksjonen. Ved avtaler hvor det også overføres produksjonsutstyr, må det være den overførte teknologi som er avtalens hovedformål.⁸¹ Underleverandører kommer i en spesiell stilling når de er leverandører til parter i en teknologioverføringsavtale.⁸² De er ikke parter i teknologioverføringsavtalen mellom partene, men en underleverandør kan være avhengig av en avtale mellom andre for å ha et eget kundegrunnlag. Spørsmålet er dermed hvilken rettsstilling en underleverandør har i gruppefritaket. Det ble utstedt en meddelelse⁸³, ”notice”, om underleveranser fra Kommisjonen i 1979, som fritok disse fra anvendelsesområde til EF-traktaten art. 81 (1) i noen henseender. Oppdragsgiver kan beskytte sin teknologi når han benytter underleverandører. I “An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice” er dette forklart på s. 384 som “insofar as the technology or equipment is necessary to carry out the work under reasonable conditions, and the undertaking carrying it out could not reasonably obtain it otherwise, it may promise not to use it except for the purpose of carrying out the agreement, not to make it available to others or not to supply the goods resulting from its use to anyone else”. Ved gruppefritaket videreføres reglene fra 1979, da de ansees som svært effektive.⁸⁴

4.2.12 Avgrensning

For å fullt ut fastlegge avtalebegrepet i forskriften er det behov for noen ytterligere presiseringer. Ved lisensavtaler som gjelder overføring av fremføringsrettigheter og visse andre opphavsrettigheter reiser det seg særlige spørsmål. Kommisjonen legger for disse typer av rettigheter til grunn at prinsippene fra gruppefritaket og Retningslinjene ikke vil bli anvendt analogisk.⁸⁵ Dette gjelder tilsvarende for avtaler om varemerkelisenser. Det er

⁸¹ Retningslinjene pkt. 44.

⁸² An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 384.

⁸³ OJ 1979, C1/2, tilsvarende retningslinjer.

⁸⁴ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 385.

⁸⁵ Retningslinjene pkt. 52.

imidlertid utstedt et annet gruppefritak som slike avtaler vil kunne omfattes av.⁸⁶ Vertikale avtaler inngås mellom foretak på ulike stadier i en produksjons- eller utviklingsprosess, foretakene er i så måte ikke konkurrenter på det relevante marked. Under dette gruppefritaket vil avtaler om varemerkelisenser som ”har direkte relation til brugen, salget, eller videresalget af varer og tjenesteydelser og ikke udgjør aftalens hovedgjenstand”⁸⁷ falle inn. Det avgrenses i avhandlingen mot gruppefritaket for vertikale avtaler. Gruppefritaket gjelder videre ikke for de såkalte ”poolingavtaler”, eller patentpuljer. En patentpulje innebærer etter Konkurranceretten i EU ”et samarbejde på horisontalt niveau mellem to eller flere virksomheder om at samle viden – patenter og knowhow – i et fælles selskab el.lign. med henblik på fælles udnyttelse af den samlede teknologi efter nærmere regler”.⁸⁸ Begrunnelsen for at patentpuljer ikke er inkludert er at de kan være konkurransebegrensende, både ved at utformingen i seg selv kan utgjøre et kartell og ved den potensielle reduksjon i innovasjon et slikt samarbeid kan medføre. De positive elementer som patentpuljer kan medføre, ved mulighet for lavere priser, ansees ikke å oppveie de negative.⁸⁹ Patentpuljer i seg selv er ikke forbudt, men må utformes så de oppfyller de alminnelige konkurransereglene, da særlig krrl. § 10 (1). Lisensavtaler mellom patentpuljer som helhet og andre foretak er imidlertid omfattet av forskriften, under den naturlige forutsetningen at de øvrige vilkår er oppfylt.⁹⁰ En siste avgrensning skal her gjøres mot påtvunget lisensiering. Det var tidligere fryktet at selskaper med for dominerende markedsposisjon ville bli pålagt å utstede teknologilisenser på patenter eller knowhow de var i besittelse av, altså ved tvang heller enn avtale. Dette ville ha redusert verdier av immaterialrettigheten, ved at prisen som ville bli satt var antatt å bli lavere enn den som ellers kunne vært oppnådd i markedet. Bekymringen har vist seg å være grunnløs.

⁸⁶ Gruppefritaket om anvendelse av EF-traktatens artikkel 81 (3) på kategorier av vertikale avtaler og samordnet praksis, forordning nr. 2790/1999. Se Norsk Konkurranserett s. 444 flg. for en redegjørelse om dette.

⁸⁷ Retningslinjene pkt. 53.

⁸⁸ På side 472.

⁸⁹ Retningslinjene pkt. 213.

⁹⁰ Retningslinjene pkt. 212.

I flere avgjørelser fra Domstolen er spørsmålet behandlet som en nektelse av å forsyne det andre foretaket med varer, som er en annen problemstilling.⁹¹ Teknologilisenser blir av denne grunn kun gitt andre hvis rettighetshaver ikke er i stand til å utytte teknologien på en effektiv måte selv.

5 Markedsandelsgrensene

Gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler bygger, som konkurranseretten generelt, på en grunnleggende forutsetning om at for stor markedsandel hos samarbeidende foretak kan redusere konkurransen i marked. Som et utgangspunkt er derfor avtaler mellom foretak som konkurrerer ansett som potensielt mer skadelige for konkurransen i et marked enn avtaler inngått mellom foretak som ikke konkurrerer seg imellom.⁹² Dette er begrunnelsen for at det er ulike markedsandelsterskler foretakene ikke kan overskride hvis avtalen skal falle inn under gruppefritaket. Det foreligger imidlertid ingen presumpsjon for at foretak som har høyere markedsandel, på det grunnlaget alene, bryter krrl. § 10 (1).⁹³ Virkningen er kun at gruppefritaket ikke kommer til anvendelse. At en markedsaktør er i besittelse av immateriellrettigheter er ikke i seg selv nok til å konstatere en dominant stilling på det relevante markedet.⁹⁴ Enn mindre sier det isolert sett noe om den prosentvise markedsandelen. I det følgende redegjøres først for terskelverdiene fastsatt i forskriften, så for de rettslige problemstillingene som er aktuelle for fastleggelsen av markedsandelstersklene i skillet teknologi- og produktmarked, og videre for sontringen konkurrenter/ikke-konkurrenter.

⁹¹ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 175 flg.

⁹² Konkurranseretten i EU s. 473.

⁹³ Retningslinjene pkt. 65 om art. 81 (1).

⁹⁴ Intellectual property in Europe s. 1024.

5.1 Terskelverdiene

Terskelverdiene er fastsatt i forskriften § 3. De ulike markedsandelstersklene er for tilfellene hvor foretakene er konkurrenter på de relevante markedene, og tilfeller hvor de ikke er det. Konkurransen kan forekomme på to typer relevante markeder, teknologimarkedet og produktmarkedet.⁹⁵ Etter første ledd får ikke unntaket fastsatt i § 2 anvendelse hvis ”foretakene som er parter i avtalen” ha en samlet markedsandel som overstiger 20 % ”på det berørte relevante teknologimarked og produktmarked”⁹⁶, forutsatt at partene i avtalen ”er konkurrerende foretak”⁹⁷. Ordlyden er her klar – avtaler mellom foretak hvis samlede markedsandel overstiger grensen på 20 % vil ikke omfattes av gruppefritaket. Analogisk anvendelse på tilfellene hvor markedsandelene er høyere er dermed utelukket, begrunnet i hensynene bak de grensene som er satt. Videre fastsettes i annet ledd markedsandelstersklene for foretak som ikke er konkurrerende ”på det berørte relevante teknologimarked og produktmarked” til 30 % for ”hver av partene” (min utheving). Terskelverdiene for parter som defineres som ikke-konkurrerende er altså betydelig høyere enn for konkurrenter, igjen begrunnet i hensynene bak gruppefritaket.

5.1.1 Anvendelsen av terskelverdiene

I tredje ledd kommer forklaringen på hvordan markedsandelsgrensene i første og annet ledd skal anvendes. Et systematisk skille gjøres mellom det relevante produktmarked og teknologimarked. Etter første pkt. skal ”en parts markedsandel på de relevante produktmarkeder (defineres) ut fra den lisensierte teknologis utbredelse på de relevante produktmarkeder”. Utbredelsen av teknologien i avtalen setter rammene for beregningen av markedsandelene. Det relevante teknologimarkedet avgrenses etter annet pkt. ved at ”en

⁹⁵ Det kan også gjøres et skille mellom geografisk marked og produktmarked, se Konkurranceretten i EU s. 35 flg. Dette følges ikke her, da jeg finner det mer klargjørende rent terminologisk å skille mellom teknologimarkeder og produktmarkeder, ettersom dette er terminologien som brukes i forskriften. En avgivelse av det relevante geografiske markedet vil i dette skillet falle inn under produktmarkedet.

⁹⁶ Teknologimarked og produktmarked er definert i avsnittene 5.2.1 og 5.2.2.

⁹⁷ Konkurrerende og ikke-konkurrerende foretak er forklart i avsnittene 5.2.3 og 5.3.3.

lisensgivers markedsandel ... skal være den samlede markedsandel på det relevante produktmarked for produktene omfattet av avtalen som er produsert av lisensgiveren og dennes lisenstakere”. Ved at produktene som er produsert av lisensgiveren og dennes lisenstakere skal medregnes, må det etter ordlyden være *alle* de lisenstakerne som det er utstedt lisens til for de aktuelle produktene som omfattes av det relevante teknologimarkedet.

Markedsandelene til foretakene kan være svært vanskelige å fastslå. I praksis vil derfor anvendelsen av terskelverdiene ofte bygge på en risikoanalyse, hvor sikkerheten om kunnskapen og den potensielle overtredelsen av krrl. § 10 (1) må veies mot potensiell gevinst ved inngåelse av en avtale.⁹⁸

5.1.2 Kritikk av terskelverdiene

Markedsandelsgrensene har blitt kritisert i juridisk teori. Ved å sette så lave markedsandelsterskler som 20 % for konkurrerende foretak, er mange avtaler mellom store internasjonale bedrifter ekskludert fra gruppefritaket. Slik er antallet potensielle lisenstakere effektivt redusert ved gruppefritaket, fordi bedriftene som kunne ha vært aktuelle har for stor markedsandel. Dette kan igjen føre til mindre FoU i Europa enn det som ellers kunne ha blitt realisert, fordi kostnadene og usikkerheten er så stor. Også usikkerheten ved avgrensningen av det relevante markedet er stor. Forordningen overlater til nasjonale domstoler å avgjøre hvilket marked som skal ansees som relevant, og de avgjør dermed en avtales fremtid.⁹⁹

⁹⁸ Technology Transfer and the new EU Competition Rules s. 130 pkt. 5.72 flg.

⁹⁹ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 381. For en videre kritikk av markedsandelsgrensene og eksempler på hvor vanskelige grensedragningene mellom de ulike kategorier av markeder kan være, se s. 373 flg. Tilsvarende kritikk fremføres i Technology Transfer and the new EU Competition Rules s.128, pkt. 5.67, og med krass kritikk på s. 129, pkt. 5.70, hvor det uttales ”The safe harbour of the TTBER (gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler) is of little practical use”.

5.2 Markedsavgrensning

Terskelverdiene er til liten nytte for foretakene før markedene de skal anvendes på er definert. I det følgende redegjøres det for de aktuelle markedsavgrensningene.

5.2.1 Teknologimarkeder

Teknologimarkedet avgrenses etter § 1 (1) (j) (i) i.f. ved at det foretas en identifisering av hvilke teknologier lisenstakerne anser å kunne være substituerbar med den som omfattes av avtalen. Hvis skiftet av teknologi ikke ville ha medført for store kostnader, eller skiftet kunne ha vært motivert av en liten prisøkning på teknologien som allerede var i bruk, vil den nye teknologi ansees som substituerbar.¹⁰⁰ Grunnlaget for vurderingen er den overførte teknologis ”egenskaper, royalties og anvendelsesformål”. Foretak ansees kun å være konkurrerende på et avgrenset teknologimarked hvis de gir lisens på konkurrerende teknologier.¹⁰¹ Fastleggelsen av en parts markedsandel på det relevante teknologimarkedet reiser noen særlige spørsmål. Etter forskriften § 3 (3) (1) er det ”den lisensierte teknologs utbredelse på de relevante produktmarkeder” som er avgjørende for markedsandelen. En presisering av hva dette innebærer følger av annet ledd. Den ”samlede markedsandel på det relevante produktmarked for produktene omfattet av avtalen som er produsert av lisensgiveren og dennes lisenstakere” er det som utgjør ”en lisensgivers markedsandel på det relevante teknologimarked”. Markedsandelen til lisensgiveren skal altså legges til markedsandelen som alle lisenstakerne har på det relevante teknologimarkedet.¹⁰² Dette gjøres så for hvert enkelt relevant teknologimarked.¹⁰³

¹⁰⁰ Konkurranceretten i EU s. 475.

¹⁰¹ Konkurranceretten i EU s. 474.

¹⁰² Intellectual property in Europe s. 826.

¹⁰³ Retningslinjene pkt. 70.

5.2.2 Produktmarkeder

Her er det selve produktet som er avgjørende for om foretakene skal ansees for å være konkurrenter eller ikke, og hvor en avgrensning av hvilket reelt geografisk marked det bestemte produktet selges på står sentralt. Hvis geografisk avstand medfører at to produkter ikke rent faktisk er i konkurranse med hverandre, vil ikke en avtale være forbudt etter krrl. § 10 (1)/EF-traktaten art. 81 (1). I tillegg til vurderingen av om geografisk avstand medfører ulike produktmarkeder, vil uensartede konkurransevilkår på de ulike geografiske områdene kunne medføre at det i realiteten er tale om forskjellige produktmarkeder. For tilfeller hvor foretak har lovbestemte enerettigheter i et land, vil dette landet alene utgjøre det relevante markedet.¹⁰⁴ Behovet for unntak vil ikke være til stede hvor produkter ikke er konkurrenter på det samme produktmarkedet. Objektive kriterier må legges til grunn for vurderingen, ikke foretakenes egen oppfatning av konkurransesituasjonen. Her som ellers må foretakene selv godtgjøre at gruppefritaket kommer til anvendelse.

Lisenstakerens markedsandel skal beregnes ut fra salgsmengde av produkter som inkorporerer den lisensierte teknologien, og det salget han har av produkter med konkurrerende teknologi.¹⁰⁵ Lisensgiverens salg av produkter på det relevante produktmarkedet skal også med i beregningen.

På produktmarkedet ansees foretak for å være konkurrerende både når de er aktive på det samme relevante produktmarkedet, altså reell konkurranse mellom foretakene, og når de er å betrakte som potensielle konkurrenter. Det tidsmessige skjæringspunktet er her ved avtaleinngåelsen.¹⁰⁶ Vurderingen av om foretakene er å anse som potensielle konkurrenter skal gjøres på grunnlag av ”nogle realistiske betragtninger (om foretakene) sandsynligvis ville være indstillet på at gennemføre ekstra investeringer eller påtage sig omkostninger til omlægning af deres produktion med det formål at trænge ind på det eller de relevante produktmarkeder og geografiske markeder inden for en forholdsvis kort tidshorisont som

¹⁰⁴ Konkurranceretten i EU s. 49, for flere eksempler til avgrensning av det relevante markedet se s. 50 flg.

¹⁰⁵ Retningslinjene pkt. 71.

¹⁰⁶ Intellectual property in Europe s. 827.

reaktion på en lille, men permanent stigning i de relative priser”.¹⁰⁷ En slik liten prisstigning er antatt å ligge mellom 5 -10 %.¹⁰⁸ Spørsmålet som må avklares i hvert enkelt tilfelle er dermed om det er realistisk at lisenstaker ville ha endret til denne andre teknologien, med de kostnader det hadde medført.¹⁰⁹ At en slik analyse er komplisert¹¹⁰ og vil inneholde en rekke usikre elementer, er klart. Det kan derfor stilles spørsmål ved om dette er en gunstig metode for å avgjøre om en avtale skal falle inn under gruppefritaket.

Videre omfatter begrepet ”produktmarked” både markedet for sluttproduktet, og det som måtte eksistere av markeder for råvarer og halvfabrikata.¹¹¹

5.2.3 Konkurrerende virksomheter

Definisjonen på om foretak skal ansees for å være konkurrerende er gitt i forskriften § 1 (1) (j) i underpunktene i) og ii), hvor det gjøres et skille mellom ”det relevante teknologimarked og/eller det relevante produktmarked”, det er altså ulike definisjoner avhengig av hvilke markeder bedriftene eventuelt er konkurrenter på. Sondringen som gjøres er forskjellig fra den som ble gjort etter tidligere regulering.¹¹² Spørsmålet her er dermed hva som skiller konkurrerende foretak på de ulike avgrensningene for det relevante markedet.

5.2.3.1 Konkurrenter på teknologimarkedet

Foretakene skal etter i) ansees som konkurrerende på det relevante teknologimarkedet når det overdras ”lisenser for konkurrerende teknologier uten å krenke hverandres

¹⁰⁷ Retningslinjene pkt. 67, slik også Intellectual property in Europe s. 1006.

¹⁰⁸ Konkurranceretten i EU s. 40.

¹⁰⁹ Intellectual property in Europe s. 827.

¹¹⁰ Slik Intellectual property in Europe s. 827.

¹¹¹ Retningslinjene pkt. 21.

¹¹² For en kritikk av endringen, se “An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice” på s. 374 flg.

immaterialrettigheter (faktiske konkurrenter på teknologimarkedet), der de relevante teknologimarked omfatter teknologier som av lisenstakerne anses som ombyttbare eller substituerbare med den lisensierte teknologi på grunn av dens kjennetegn, royalties og påtenkte bruk”.

5.2.3.2 Konkurrenter på produktmarkedet

På det relevante produktmarked er foretak konkurrerende når de etter ii) ”uten teknologioverføringsavtalen utøver virksomhet på både de relevante produktmarkeder og på de relevante geografiske markeder der produktene omfattet av avtalen selges, uten å krenke hverandres immaterialrettigheter (faktiske konkurrenter på produktmarkedet), eller som på grunnlag av realistiske vurderinger kan tenkes å ville foreta de nødvendige tilleggsinvesteringer eller påta seg andre nødvendige omstillingskostnader for innen rimelig tid, uten å krenke hverandres immaterialrettigheter, å kunne gå inn på de relevante produktmarkeder og de relevante geografiske markeder som svar på en liten, men varig økning i relative priser (potensielle konkurrenter på produktmarkedet); det relevante produktmarked omfatter produkter som av kjøperne anses som ombyttbare eller substituerbare med produktene omfattet av avtalen på grunn av deres kjennetegn, pris og påtenkte bruk”.

5.2.4 Ikke-konkurrerende virksomheter

I de tilfellene hvor avtalepartene ikke er konkurrerende økes etter § 3 (2) markedsandelsgrensene betydelig. Den enkelte avtaleparts markedsandel for det eller de produkt(er) lisensavtalen gjelder må vurderes på hvert sitt relevante marked. Dette gjelder uavhengig av skillet teknologimarked - produktmarked.

5.2.5 Særlig om innovasjonsmarkeder

Innovasjon kan ved nyskapning ikke bare frembringe nye produkter, men også skape nye markeder.¹¹³ I noen tilfeller vil lisensavtaler ha innvirkning på innovasjonsmarkeder. Det følger av Retningslinjene pkt. 25 at også potensiell konkurranse skal medregnes når avtalens innflytelse på et innovasjonsmarked skal vurderes. I tilfeller hvor foretak, som er konkurrenter på teknologimarkedet, inngår avtaler som dreier seg om nye teknologier settes markedsandelen lik null.¹¹⁴ Dette er med på å sikre bedre rammebetingelser ved avtaler om innovasjon, som er en ønsket effekt av gruppefritaket.

5.3 Om beregningen av markedsandeler, forskriften § 6

For å sikre likebehandling av ulike selskapers markedsandeler, må det være klare rammer for hva som omfattes av forskriften. Når markedsandelsgrensene i § 3 skal anvendes er det § 6 som angir det materielle innholdet og anvendelsesområde, tilsvarende art. 8 i gruppefritaket. Etter første ledd får § 6 anvendelse når ”markedsandelsgrensene fastsatt i § 3” skal anvendes. Bestemmelsen kan dermed ikke tolkes uavhengig av § 3. Første ledd første setning avsluttes med ordene ” i denne bestemmelse”. Her ligger det en språklig flertydighet som må avklares. Én mulig tolkning er at det er paragrafens første ledd som får anvendelse i § 3, én annen mulighet er at det er hele § 6 som gjelder ved anvendelsen av § 3. Ordlyden taler isolert sett for at det er hele § 6 ”i denne bestemmelse” skal forstås som. Det er mer naturlig å omtale en hel paragraf som en bestemmelse, enn ett av to ledd. Videre omhandler annet ledd markedsandelsterskelen som § 3 omhandler konkret. Konklusjonen må bli at både første og andre ledd i § 6 får anvendelse ved anvendelsen av § 3.

Det er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig, forutsetning for anvendelse av gruppefritaket at markedsandelstersklene ikke er overskredet. Videre kan ikke den lisensierte teknologiens beskyttelse være utløpt, eller knowhowen ha tilflytt offentligheten. Endelig må den aktuelle avtalen ikke omfattes av en hardcorebegrensning etter forskriften § 4, eller inneholde en

¹¹³ Retningslinjene for anvendelse av EF-traktaten artikkel 81 på horisontale samarbeidsavtaler pkt. 50 flg.

¹¹⁴ Retningslinjene pkt. 70.

ulovlig begrensning etter § 5.¹¹⁵ I det følgende refereres først de aktuelle utdrag fra bestemmelsen, før det redegjøres for innholdet av dem. Dette fordi bestemmelsen inneholder momenter som hver for seg krever en separat omtale.

5.3.1 Salgsverdi som utgangspunkt for beregning av markedsandel

Av første ledd annet pkt. følger det at ”Markedsandelen skal beregnes på grunnlag av salgsverdien på markedet. Dersom opplysninger om salgsverdien på markedet ikke er tilgjengelige, kan anslag basert på andre pålitelige markedsopplysninger, herunder opplysninger om salgsvolumet på markedet, brukes til å beregne markedsandelen for vedkomne foretak.”

Hvilket ”marked” beregningene skal baseres på, fremkommer ikke klart av ordlyden i bestemmelsen. I § 3 tredje ledd defineres en parts markedsandel som den ”markedsandel på de relevante teknologimarkeder ut fra den lisensierte teknologis utbredelse på de relevante produktmarkeder” et foretak har alene, eller foretakene i avtalen har til sammen. Siden § 6 angir anvendelsen av markedsandelsgrensene i § 3, og det ikke er holdepunkter for en annen forståelse av § 6, bør denne forståelsen legges til grunn. Det må også stilles spørsmål om hva som kan kreves for å legge en gitt markedsandel til grunn for vurderingen av om en avtale faller inn under gruppefritaket. De analyser foretakene skal gjøre for å avklare avtalens stilling, er sentrale for å fastslå egen rettsstilling som avtalepart. Kravene som skal stilles til detaljert og sikker informasjon om foretakenes markedsandeler, er ikke avklart i selve bestemmelsen. Ettersom markedsandelen foretakene har er avgjørende for om en avtale faller inn under forskriften, må det fattes en beslutning uavhengig av hvor godt beslutningsgrunnlaget er. Det følger av bestemmelsen at ”anslag basert på andre pålitelige markedsopplysninger” kan brukes ved beregningen. Noe vilkår om sikkerhet for hvilke markedsandeler foretakene har, nevnes ikke.¹¹⁶ Retningslinjene oppstiller i pkt. 72 et alternativ om at beregningen kan ”foretas på grunnlag av annen pålitelig

¹¹⁵ Intellectual property in Europe s. 829.

¹¹⁶ Slik også Intellectual property in Europe s. 826.

markedsinformasjon”, uten å angi en fremgangsmåte for de tilfeller hvor det ikke foreligger pålitelig informasjon. Partene i en avtale må selv tolke forskriften, for å klargjøre om de holder seg innenfor rammene som er satt. Hvis vurderingen de gjør er feil, må det foretas en individuell vurdering om krrl. § 10 (1) er brutt. Det offentlige sanksjonsmiddelet ved overtredelser av forskriften er bøter, mens private kan gå til søksmål – hvor motpartens påstand vil utgjøre rammen for rettens kompetanse.

5.3.2 Beregning av markedsverdi ved ”tilknyttede foretak”

Etter første ledd fjerde pkt. skal ”Markedsandeler som innehas av foretak nevnt i § 1 bokstav e), skal fordeles likt på hvert enkelt foretak som har rettigheter eller innflytelse som nevnt i § 1 annet ledd bokstav a).”

Forskriften § 1 bokstav e) lyder:

”e) <produkt>: en vare eller en tjeneste, herunder både innsatsvarer og tjenester i mellomleddet og ferdige varer og tjenester”, mens annet ledd litra a) lyder:

”2. Betegnelsene <foretak>, <lisensgiver> og <lisenstaker> skal omfatte deres respektive tilknyttede foretak.

Med *tilknyttede foretak*¹¹⁷ menes:

- a) foretak der en avtalepart direkte eller indirekte:
 - i. har mer enn halvparten av stemmerettighetene, eller
 - ii. kan utnevne mer enn halvparten av medlemmene i kontrollorganet, administrasjonsorganet eller de organer som rettslig representerer foretaket, eller
 - iii. har rett til å lede foretakets forretninger”

Ved at markedsandeler skal fordeles på flere foretak, vil den andelen hvert enkelt foretak kan inneha bli mindre. Ettersom forskriftens system er at markedsandelstersklene er ufravikelige ved anvendelsen av gruppefritaket, vil det være svært viktig for partene at deres markedsandeler ikke blir vurdert til å være over de fastsatte grensene.

¹¹⁷ Se betydningen av om foretak er å anse som én økonomisk enhet i avsnitt 4.2.

Markedsandelstersklene kan dermed i seg selv indirekte føre til en oppfordring til kreative selskapskonstruksjoner, for å spre markedsandeler over flere foretak. Dette søkes unngått ved bestemmelsen, hvor eierandeler eller annen reell makt over tilknyttede foretak medberegnes i foretakets markedsandeler.

5.3.3 Situasjonen hvor terskelverdiene overskrides i avtaleperioden

Av bestemmelsens annet ledd følger det at ”Dersom markedsandelen nevnt i § 3 første ledd eller annet ledd innledningsvis ikke overskrider henholdsvis 20 % eller 30 %, men senere overskrider disse grensene, får unntaket fastsatt i § 2 fortsatt anvendelse i et tidsrom på to sammenhengende kalenderår etter det år da grensen på 20 % eller 30 % første gang ble overskredet.” For å nyte godt av denne toårsfristen må partenes markedsandeler ”innledningsvis” ikke overskride markedsandelsgrensene. Spørsmålet er hvilket skjæringspunkt som skal settes for når grensene *kan* overskrides, uten at det fjerner avtalen fra gruppefritaket. En naturlig språklig forståelse av ”innledningsvis” kan være at det er når foretakene innleder samtaler eller sonderinger om et mulig samarbeid, en annen ved innledningen av konkrete kontraktsforhandlinger, videre kan det være i den innledende fasen av teknologioverføringen som avtalen regulerer. Ordlyden gir altså ikke gode holdepunkter for å fastsette et slikt tidspunkt.

6 Særlig alvorlige begrensninger, forskriften § 4

6.1 Innledning

Noen særlige avtalevilkår medfører at en avtale i sin helhet faller utenfor gruppefritakets anvendelsesområde. Her er det forskjellige regler både for avtaler hvor foretakene har inngått en gjensidig versus en ikke-gjensidig avtale, og for tilfellene hvor de er konkurrenter kontra ikke-konkurrenter. Begrunnelsen er, som ved fastsettelsen av

markedsandelsgrensene, at foretakenes incentiver til å forsøke å utnytte sin markedsposisjon varierer – etter hvor stor del av det totale markedet foretakene har. I det følgende redegjøres det for hvilke avtalevilkår som ekskluderer en avtale fra gruppefritaket.

6.1.1 Hva kjennetegner en ”særlig alvorlig begrensning”?

Betegnelsen ”særlig alvorlig begrensning” brukes på de begrensninger satt på typer av avtalevilkår som erfaringsmessig vil ha svært negative utslag for konkurransen i et marked, og som i sin natur har en begrensning av konkurransen som formål, gitt i § 4. Det er derfor ikke behov for en analyse av virkningene avtalen vil få.¹¹⁸ Disse omtales som ”hardcore” begrensninger på engelsk¹¹⁹ og ”kvalifiserede begrænsninger” på dansk. Bakgrunnen for det noe offensive ordvalget er at dette er avtalevilkår som medfører at hele avtalen faller utenfor gruppefritaket, ikke bare de spesifikke vilkårene som ved mindre alvorlige bestemmelser i en avtale.¹²⁰ Bestemmelsen i forskriften § 4 er dermed en opplisting av avtalebestemmelser som, direkte eller indirekte, ikke omfattes av gruppefritaket.

6.1.2 Betydningen av om en avtale er gjensidig eller ikke-gjensidig

Problemstillingen i det følgende er hva som skiller gjensidige fra ikke-gjensidige avtaler, og om disse likebehandles etter forskriften. Hvis så ikke er tilfelle, hva er forskjellen?

Først må begrepene avklares. En ”gjensidig avtale” er etter § 1 (1) (c) ”en teknologioverføringsavtale der to foretak tildeler hverandre” en av formene for lisens som omfattes av forskriften, forutsatt at lisensene ”gjelder konkurrerende teknologier eller kan benyttes til produksjon av konkurrerende produkter”. Det er ikke et vilkår at overføringen

¹¹⁸ Intellectual property in Europe s. 829.

¹¹⁹ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice omtaler opplistingen av forbudte begrensninger som en “black list of hard-core restrictions” på s. 372.

¹²⁰ EC Competition Law s. 818.

skjer i samme kontrakt. Avtalen må etter ordlyden i forskriften være mellom ”to foretak”, det er ingen mulighet for avtaler mellom flere enn to foretak.

Etter litra d) er en ”ikke-gjensidig avtale” enten ”en teknologioverføringsavtale der et foretak tildeler et annet foretak” en lisens som faller inn under gruppefritaket, eller ”der to foretak tildeler hverandre en slik lisens, forutsatt at lisensene ikke gjelder konkurrerende teknologier og ikke kan benyttes til produksjon av konkurrerende produkter”. Skillet går mellom avtaler hvor to foretak tildeler hverandre teknologi som i det ene tilfellet er konkurrerende og i det andre ikke er konkurrerende. Om foretak befinner seg i den ene eller andre kategorien er avgjørende for hvilken interesse foretakene antas å ha for å inngå avtaler som enten har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, jf. krrl. § 10 (1). Krysslisensiering er et dekkende begrep for tilfellene hvor teknologi blir overført mellom begge foretakene.¹²¹ I tilfeller hvor en ikke-gjensidig avtale utvikler seg til å bli gjensidig, eksempelvis ved teknologi- eller produktutvikling som gir nye muligheter, må foretakene revidere avtalen for å unngå at avtalen faller inn under rekkevidden til forskriften § 4. Det faktum at avtalen var ikke-gjensidig ved inngåelse har ingen betydning for avtalens status når forholdene endrer seg.¹²²

6.2 Avtaler mellom konkurrerende foretak

I § 4 (1) fremkommer begrensningene mellom foretak som er konkurrenter. Vurderingen etter første ledd er todelt, hvor den første vurderingen følger av innledningen i bestemmelsen og den andre av litra a) – d). Vilkåret i innledningen av første ledd er at avtalen ”direkte eller indirekte, alene eller kombinert med andre faktorer under partenes kontroll, har følgende formål”, hvor formålene er opplistet i litra a) – d). Etter ordlyden er avtalens formål det sentrale. På hvilken måte dette formålet kommer til uttrykk er underordnet. Dette vises ved at det opplistes en rekke muligheter for hvordan avtalen innehar dette formålet – ”direkte eller indirekte, alene eller kombinert med andre faktorer

¹²¹ Retningslinjene pkt. 78.

¹²² Retningslinjene pkt. 78.

under partenes kontroll” (min utheving). At partene må ha kontrollen over den aktuelle avtalen, rimeliggjør at avtalen som helhet utelukkes fra gruppefritaket. Hvis det gjelder avtalevilkår eller andre faktorer som partene *ikke* har kontroll over, vil en slik total utelukkelse kunne være et for hardt virkemiddel.

6.2.1 Prisregulerende bestemmelser

Den første begrensningen er avtaler som har til formål ”en begrensning av en parts adgang til å fastsette sine priser ved salg til tredjemann”, jf. litra a. Bestemmelsen har som utgangspunkt at ”avtaler om prisfastsettelse har til formål å begrense konkurransen”,¹²³ altså en presumpsjon i disfavør foretakene ved slike avtaler. Hvilke konkrete uttrykk avtalen har fått er ikke vesentlig. Fastslås det at det foreligger en avtale om prisfastsettelse, er det tilstrekkelig til at avtalen ikke faller inn under gruppefritaket. Avtalte minstebeløp i royalties for en lisens omfattes ikke av dette forbudet.¹²⁴ Slik kan lisensgiver sikre seg en viss minsteinntekt som utkomme av avtalen. Den vide ordlyden i innledningen til første ledd gjør det mulig å slå direkte ned på fordekt prissamarbeid. Avtaler kan konstrueres slik at krysslisensiering og gjensidige royalties utformes for å omgå hardcorebegrensningene i forskriften § 4. I slike tilfeller vil Konkurransetilsynet eller den domstol som har fått seg forelagt spørsmålet skjære gjennom til realiteten i avtalen, og den vil ikke falle inn under gruppefritaket.¹²⁵ Den siste typen avtalebestemmelse som omfattes av litra a) er tilfeller hvor det skal betales royalties på grunnlag av det totale salget av produkter, uavhengig av om den overførte teknologi anvendes eller ikke. Ved å inngå slike avtaler begrenses konkurransen generelt, ved at den konkurrerende teknologi som befinner seg hos lisenstakeren uansett blir dyrere å bruke.

¹²³ Retningslinjene pkt. 79.

¹²⁴ Retningslinjene pkt. 79, slik også Intellectual property in Europe s. 831.

¹²⁵ Retningslinjene pkt. 80 angir Kommisjonen som instans innen EU.

6.2.2 Produksjonsbegrensende bestemmelser

Etter litra b) vil avtaler som har til formål en ”begrensning av produksjonen” i utgangspunktet ikke være omfattet av gruppefritaket. Ordlyden ”begrensning av produksjonen” setter isolert sett ingen rammer for hva som kan falle inn under en begrensning etter litra b), denne delen av bestemmelsen er vidt formulert. Deretter snevres anvendelsesområdet betydelig inn. En produksjonsbegrensning kan bestå av begrensning i både produksjonsantall og salg av det eller de aktuelle produktene.¹²⁶ Det følger imidlertid to unntak av bestemmelsen selv – begrensninger av produksjonen som er tillatt. Lisensgiveren i en ikke-gjensidig avtale kan for det første pålegge lisenstakeren ”begrensninger av produksjonen av produkter omfattet av avtalen”. Her er det en forutsetning at produksjonsbegrensningen ikke gjelder annet enn de produkter som produseres ved den overførte teknologien.¹²⁷ Avtalevilkår som har samme effekt som produksjonsbegrensninger vil også omfattes av forbudet, selv om de ikke fanges opp av ordlyden i bestemmelsen.¹²⁸ I det andre unntaket tillates at ett av foretakene pålegges produksjonsbegrensninger i en gjensidig avtale. Det er, som redegjort for over, svært mye som taler mot analogisk anvendelse av bestemmelsene i forskriften. En ordlydsfortolkning av litra b) medfører dermed at alle produksjonsbegrensninger, utover de konkret nevnte, er forbudt. Her medregnes også begrensninger som pålegges lisensgiveren i en ikke-gjensidig avtale eller som pålegges begge foretakene i en gjensidig avtale.

6.2.3 Avtaler som fordeler markeder eller kunder

Konkurrerende foretak har i utgangspunktet ikke anledning til å inngå avtaler som har ”en fordeling av markeder eller kunder” som formål, jf. § 4 (1) (c). Det legges til grunn at en slik fordeling har som formål en begrensning av konkurransen i seg selv.¹²⁹ Hvordan fordelingen foregår, om ethvert forsøk på fordeling er forbudt eller hvilke rammer en avtale

¹²⁶ Retningslinjene pkt. 82.

¹²⁷ Retningslinjene pkt. 82.

¹²⁸ EC Competition Law s. 820.

¹²⁹ EC Competition Law s. 820.

ellers skal vurderes opp mot, sies det intet om i bestemmelsen. En ordlydsfortolkning tilsier at det ikke bør stilles strenge krav før en ”fordeling av markeder eller kunder” ansees avtalt, og dermed forsøkt oppnådd mellom foretakene. Etter Retningslinjene pkt. 84 har enhver slik fordeling til formål å vri den konkurransen som ellers hadde forekommet på det aktuelle markedet. Bestemmelsen kommer til anvendelse uavhengig av ”om licenstageren fortsatt kan benytte sin egen teknologi”.¹³⁰ Bestemmelsen kan anvendes antitetisk – det er ingen begrensning på bruk av egen teknologi, som dermed er tillatt.

Fra dette utgangspunktet følger det imidlertid hele syv omfattende og viktige unntak for avtalevilkår som vil være tillatt, fastsatt i punkt i) – vii). Her klargjøres hva Kommisjonen ikke anser som en særlig alvorlig begrensning, og derfor ikke ser grunn til å unnta begrensningene fra gruppefritaket. Felles for unntakene er at reglene om markedsandelsterskler uansett kommer til anvendelse.

Til pkt. i):

I det første unntaket tillates ”en forpliktelse for lisenstagernes til å utnytte den lisensierte teknologien på bare ett eller flere tekniske bruksområder eller ett eller flere produktmarkeder”. Omfanget av dette unntaket begrenses ikke til å gjelde enten gjensidige eller ikke-gjensidige avtaler.¹³¹ Den naturlige tolkningen er da at begge avtaletyper faller inn under virkeområdet. Unntaket medfører at lisenser kan begrenses til bruk for et spesifikt formål. Begrensningene som avtales for anvendelsesområdet kan ikke omfatte mer enn det som overføres av teknologi. Det kan ikke avtales begrensninger på lisensgiverens bruk av egen teknologi, se nedenfor om bestemmelsens litra d). Avgrensningen oppad til markedsandelsterskelen på 20 % får også anvendelse på disse avtalevilkårene.¹³²

Til pkt. ii):

¹³⁰ Retningslinjene pkt. 85.

¹³¹ Intellectual property in Europe s. 832.

¹³² Retningslinjene pkt. 90.

Unntak nr. to gjelder ”en forpliktelse for lisensgiveren og/eller lisenstakeren, i en ikke-gjensidig avtale, til ikke å utnytte den lisensierte teknologi på et eller flere tekniske bruksområder, på et eller flere produktmarkeder eller på et eller flere eksklusive områder som er forbeholdt den annen part”. Dette er etter ordlyden et svært bredt unntak. Ved forpliktelsen påtar den ene part seg i praksis å holde seg unna den annen parts marked, og motparten sikres eksklusivitet i den utstrekning avtalen fastsetter. Siden det ikke forekommer geografiske begrensninger, kan lisensen være verdensomspennende. Avtalen kan også inneholde forbud for én part mot å komme inn på motpartens teknologimarked. Ved at det er ”utnyttelse” som kan reguleres i avtalen kan både produksjon, salg, lisensiering og enhver annen form for anvendelse av den lisensierte teknologien nektes.¹³³ Begrunnelsen for at slike avtaler faller inn under gruppefritaket er at ”formålet med aftaler, der falder ind under artikel 4 (1) (c) nr ii) kan være at give licenstageren et incitament til at investere i og videreudvikle den overførte teknologi. Aftalen tjener derfor ikke nødvendigvis til at opdele markeder”.¹³⁴

Til pkt. iii):

Det tredje unntaket gjøres for ”en forpliktelse for lisensgiveren til ikke å lisensiere teknologien til en annen lisenstaker på et bestemt område”. Forskjellen fra pkt. ii) er at det her åpnes for eksklusivitet i lisensiering på et avgrenset område, enten geografisk eller teknologisk, mens det i forrige unntak tillates avtalebetingelser som gir eksklusivitet i utnyttelse av teknologien. Unntaket i ii) har dermed et videre anvendelsesområde. Ordlyden i dette punktet tilsier at det i avtalen ikke pålegges lisensgiveren noen begrensning i egen bruk av den lisensierte teknologien.

Til pkt. iv):

Videre gjøres det i unntak fire fritak for ”en begrensning, i en ikke-gjensidig avtale, av aktivt og/eller passivt salg drevet av lisenstakeren og/eller lisensgiveren på det eksklusive området eller til den eksklusive kundegruppen som er forbeholdt den annen part”. Her

¹³³ Retningslinjene pkt. 86.

¹³⁴ Retningslinjene pkt. 86 i.f.

sikres eksklusivitet for teknologien, selv om avtalen i seg selv er ikke-gjensidig ved at det ikke er en avtale om teknologioverføring fra og til begge foretakene.

Til pkt. v):

I det femte unntaket unntas ”en begrensning, i en ikke-gjensidig avtale, av aktivt salg drevet av lisenstakeren på det eksklusive området eller til den eksklusive kundegruppen som lisensgiveren har tildelt en annen lisenstaker, forutsatt at sistnevnte ikke var et konkurrerende foretak for lisensgiveren på tidspunktet for inngåelsen av dets egen lisensavtale” fra forbudet mot fordeling av markeder eller kunder mellom foretakene. Vilkåret for anvendelse av dette unntaket er at ”den beskyttede licenstagere ikke var konkurrent til lisensgiveren på det tidspunkt, hvor aftalen blev indgået”, jf. Retningslinjene pkt. 89. Begrunnelsen for reglen er at dette antas å gi et incitament til lisenstakeren om en mest mulig effektiv utnyttelse av teknologien, ved en ekstra beskyttelse av lisenstakeren.¹³⁵ Slik ivaretas ett av de overordnede hensynene bak konkurransepolitikken – en best mulig allokering og utnyttelse av ressursene. En avtale mellom lisenstakerne om å avstå fra salg til angitte geografiske områder eller angitte kunde grupper vil ansees som en kartellavtale, og ikke omfatte teknologioverføring. Den faller dermed ikke inn under gruppefritaket.¹³⁶

Til pkt. vi):

Unntak nr. seks gjelder ”en forpliktelse for lisenstakeren til å produsere produktene omfattet av avtalen bare til eget bruk, forutsatt at vedkommende fritt kan drive aktivt og passivt salg av produktene omfattet av avtalen som reservedeler for sine egne produkter”. Poenget for lisensgiver er her at lisenstaker ikke skal kunne opptre som leverandør overfor andre produsenter, men kun sikre seg den aktuelle input til egen produksjon.¹³⁷ Det er i bestemmelsen tatt hensyn til at lisenstakeren skal kunne forsyne egne kunder av outputproduktet med reservedeler. Uten denne muligheten ville det vært en stor begrensning i lisenstakers mulighet til utvikling, ved at dennes kunder var avhengige av

¹³⁵ Intellectual property in Europe s. 833.

¹³⁶ Retningslinjene pkt. 89.

¹³⁷ Retningslinjene pkt. 187.

lisensgiver for å skaffe reservedeler og reparasjon. Ved en slik regulering vil ikke hensynet til effektiv konkurranse være særlig godt ivaretatt.

Til pkt. vii):

Det siste unntaket i litra c) gis ”en forpliktelse for lisenstakeren, i en ikke-gjensidig avtale, til å produsere produktene omfattet av avtalen bare til en bestemt kunde, når lisensen ble gitt for å skape en alternativ forsyningskilde for denne kunden”. Her må lisensavtalen kun gjelde denne ene definerte kunden. Lisensgiver er imidlertid ikke begrenset til å kun gi én slik lisens i markedet, men det kan gis så mange som foretaket måtte ønske. Vilkåret er at alle lisensene gis for å skape den alternative forsyningskilde for den samme kunden. Ved dette begrenses ikke den generelle konkurransen i markedet, siden det antas at lisenstakeren slutter å utnytte sin egen teknologi.¹³⁸

Som en generell oppsummering for pkt. i) – vii) kan det sies at de samlet gir en beskyttelse av et foretaks eksklusivitet ved en lisensavtale.

6.2.4 Andre utnyttelsesbegrensninger

I litra d) faller ”en begrensning av lisenstakerens adgang til å utnytte sin egen teknologi eller en begrensning av noe av avtalepartenes adgang til å drive forskning og utvikling, med mindre en begrensning av sistnevnte art er nødvendig for å hindre at den lisensierte knowhow avsløres overfor tredjemann” innenfor de særlige alvorlige begrensningene, hardcorebegrensningene, som ikke fritas ved forskriften. Det er grunnleggende ønskelig at bedrifter satser på FoU. Derfor omfatter ikke gruppefritaket lisensavtaler som begrenser muligheten til dette.¹³⁹ Om begrensningen gjelder konkret hva lisensen omfatter, eller helt andre områder, er uten betydning i denne sammenheng. Partene kan imidlertid avtale at fremskritt, teknologiske eller produksjonsmessige, skal stilles til rådighet for hverandre, uten at avtalen automatisk omfattes av forbudet. Lisenstakeren gis et særlig vern ved

¹³⁸ Retningslinjene pkt. 93.

¹³⁹ Intellectual property in Europe s. 834.

bestemmelsen, ettersom dennes utnyttelse av egen teknologi ikke kan begrenses. Dette omfatter både utnyttelse ved antall enheter som produseres og hvilken pris produktene selges for. Det kan videre ikke pålegges lisenstaker å betale royalties for teknologi som ikke er en del av lisensavtalen mellom foretakene. Adgangen for lisenstaker til å meddele tredjeparter lisens på sin egen teknologi kan heller ikke begrenses.¹⁴⁰ Den begrensning som legges på partene under forutsetning av at begrensningen er nødvendig for å hindre spredning av lisensiert knowhow til tredjemenn, må etter forholdene være nødvendig og rimelig.¹⁴¹ Ved denne forholdsmessighetsvurderingen bør man se på den konkurransemessige situasjon på de markeder foretakene opererer, og ikke bare markedsandelsgrensene isolert. Det å begrense mulighetene for FoU-arbeid i et foretak vil kunne være markedsvidende ved at det andre foretaket kan bli enerådende innen et marked eller et segment av et marked. Foretakenes konkurranseevne svekkes også når teknologien ikke kan videreutvikles. Incitamentene til forbedring er ikke til stede, som igjen vil føre til en ulempe for forbrukerne ved redusert tilbud av nye produkter eller teknologier.

6.3 Avtaler mellom ikke-konkurrerende foretak

Opplistingen av hardcorebegrensninger fortsetter i § 4 (2). Forskjellen mellom første og andre ledd i § 4 er i hovedsak anvendelsesområdet, og de skiller som følger naturlig av dette. Annet ledd gjelder foretak som ikke er å anse som konkurrerende. I bestemmelsen videreføres reglene som gjelder under gruppefritaket for vertikale begrensninger, men det er gjort noen endringer.¹⁴² Det er markant færre hardcorebegrensninger som regulerer partens handlefrihet når foretakene ikke er konkurrenter på det relevante markedet.¹⁴³ De begrensningene som finnes er imidlertid like viktige for partene å være klar over, da virkningen ved overtredelse av fritaket er den samme – avtalen som helhet ekskluderes fra gruppefritakets virkeområde.

¹⁴⁰ Retningslinjene pkt. 95.

¹⁴¹ Retningslinjene pkt. 94.

¹⁴² An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 377.

¹⁴³ Intellectual property in Europe s. 835.

6.3.1 Prisregulerende bestemmelser

Foretakene kan etter andre ledd litra a) ikke inngå en avtale som har til formål å begrense ”en parts adgang til å bestemme sine priser ved salg av produkter til tredjemann, uten at det berører muligheten til å fastsette maksimalpris eller veiledende salgspris, forutsatt at de ikke som følge av påtrykk eller tilskyndelse fra en av partene får karakter av faste priser eller minimumspris”. Utgangspunktet er at begrensninger i en parts mulighet til å fastsette en pris for sitt produkt, vil medføre at avtalen som helhet ikke faller inn under gruppefritaket. Det som imidlertid kan avtales er den maksimale prisen for produktet eller hva som skal være veiledende salgspris.¹⁴⁴ Ordlyden inneholder ingen begrensning for hvilken av partene forbudet omfatter. En naturlig språklig forståelse tilsier at begge foretakene rammes av begrensningen, slik at det ikke for noen av partene kan avtales annet enn maksimalpris eller salgspris.

Annet ledd regulerer kun tilfellene hvor partene ikke er konkurrerende foretak. I praksis vil problemstillingen om prisfastsettelse derfor være mest aktuell når det er avtalt særlige begrensninger som går ut på en fast salgspris eller minstepris. Om fastsettelsen gjøres direkte eller indirekte har ingen betydning, så lenge formålet kan klarlegges. Eksempler på indirekte prisfastsettelse er avtaler om avanse, avtaler som begrenser mulighetene til rabatter, avtaler som knytter salgspris til innkjøpspris, klausuler om at én part alltid skal få tilbud på linje med andre aktører i markedet og ulike former for trusler, advarsler eller annen oppførsel som kan karakteriseres som illojal fra en part.¹⁴⁵

6.3.2 Begrensninger i lisenstakerens mulighet til passivt salg

Etter litra b) vil ikke avtaler som har til formål en ”begrensning av det område der eller av den kundegruppe til hvilken lisenstakeren kan drive passivt salg av produktene omfattet av

¹⁴⁴ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 377.

¹⁴⁵ Retningslinjene pkt. 97.

avtalen”. Utgangspunktet som angis må sees i sammenheng med de påfølgende unntakene i underpunktene i) – vi) for å klargjøre hvilke avtalebestemmelser som faller inn under gruppefritaket, altså hvilke begrensninger eller forpliktelser som er tillatt å avtale for lisenstakeren til å nektes passivt salg av produktene omfattet av avtalen. Det som er interessant her er dermed å først avklare hvilke ”område” det avgrenses fra, og deretter å se på hva som faller innenfor rammen av ”passivt salg” – for derigjennom å se hvilket handlingsrom foretakene i avtalen sitter igjen med.

Begrensningen gjelder etter ordlyden både for avtalens angitte geografiske områder, og en konkretisering av hvilke markeder lisenstakeren ved passivt salg ikke kan selge produktene som omfattes av avtalen. Spørsmålet er etter dette hva som omfattes av ”passivt salg”. Ved en positiv avgrensning av passivt salg, vil alt annet være å anse som aktivt salg.

Aktivt og passivt salg er direkte motsetninger. Passivt salg defineres som ”besvarelse af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering af varer og tjenester til disse kunder”.¹⁴⁶ Generelle salgsfremstøt eller alminnelig reklame er også definert som passivt salg, også reklame på internett som kan nå forbrukere i andre områder.¹⁴⁷ Aktivt salg foreligger etter dette når det foretas en ”aktiv henvendelse til individuelle kunder, der er omfattet af en anden forhandlers eneforhandlingsområde eller eksklusivt tildelte kundegruppe, f.eks. in form af post eller besøg, eller aktiv henvendelse til en bestemt kundegruppe eller bestemte kunder i et eneforhandlingsområde, eksklusivt tildelt en anden forhandler, gennem reklamer i mediernes eller andre salgsfremstød, der specfikt er rettet mod denne kundegruppe eller kunder i det pågældende området, eller oprettelse af et lager eller en distributionskanal i en anden forhandlers eneforhandlingsområde”.¹⁴⁸ Eksempler på aktivt salg er uopfordrede e-poster til særlige kundegrupper eller individuelle kunder, og tilsvarende postordresalg.¹⁴⁹ Salgsbegrensninger på lisensgiveren er ikke omfattet av denne

¹⁴⁶ Retningslinjene til gruppefritaket for vertikale begrensninger pkt. 50.

¹⁴⁷ Intellectual property in Europe s. 833.

¹⁴⁸ Retningslinjene til gruppefritaket for vertikale begrensninger pkt. 50.

¹⁴⁹ Retningslinjene til gruppefritaket for vertikale begrensninger pkt. 51.

bestemmelsen, verken aktive eller passive, og er gruppefritatt opp til markedsandelsgrensen på 30 %.¹⁵⁰ Videre omfattes ”begrensninger av aktivt salg, når mer enn én lisenstaker har fått tildelt et bestemt geografisk område eller en bestemt kundegruppe” av gruppefritaket, begrunnet i at lisenstaker i slike tilfeller trolig vil investere i effektivitetsforbedringer – som ansees som grunnleggende positivt.

Til pkt. i):

Her tillates ”en begrensning av passivt salg på et eksklusivt område eller til en eksklusiv kundegruppe som er forbeholdt lisensgiveren”. Lisensgiveren står altså fritt til å ta skritt for å beskytte det eksklusive området eller den kundegruppen han har bygd opp.¹⁵¹ Regelen bygger på antakelsen om at så lenge markedsandelsterskelen ikke er overskredet vil dette bidra til en spredning av teknologi som virker konkurransefremmende.¹⁵² I tilfeller hvor det ikke er gitt lisens til andre foretak i det aktuelle område, må retten være forbeholdt eieren av immateriellrettigheten.¹⁵³

Til pkt. ii):

Videre er ”en begrensning av passivt salg på et eksklusivt område eller til en eksklusiv kundegruppe som lisensgiveren har tildelt en annen lisenstaker, i de første to årene som denne lisenstakeren driver salg av produktene omfattet av avtalen på dette området eller til denne kundegruppen” tillatt. Begrunnelsen for dette unntaket er at en lisenstaker ofte vil måtte gjøre kostbare investeringer, med den risiko det medfører, som følge av en lisensavtale for å best kunne utnytte lisensen.¹⁵⁴ Den beskyttelsen lisenstakere gis ved fritaket er derfor viktig for foretak i en slik situasjon. Uten fritak for disse begrensningene kunne omfanget av teknologioverføringsavtaler blitt redusert, hvilket ikke ansees som ønskelig verken i Norge eller innen EU. Toårsfristen regnes fra første gang lisenstakeren

¹⁵⁰ Retningslinjene pkt. 99, jf. 105 og 106.

¹⁵¹ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s 377.

¹⁵² Retningslinjene pkt. 100.

¹⁵³ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 377 flg.

¹⁵⁴ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 378.

markedsfører produktet med den overførte teknologi i sitt eksklusivområde. Avtalevilkår som strekker seg utover to år vil etter utløpet av toårsfristen regnes som en hardcorebegrensning, og medføre at avtalen ikke lenger faller inn under forskriftens fritak.¹⁵⁵

Til pkt. iii):

I dette punktet åpnes det for ”en forpliktelse til å produsere produktene omfattet av avtalen bare til eget forbruk, forutsatt at lisenstakeren fritt kan drive aktivt eller passivt salg av produktene omfattet av avtalen som reservedeler for sine egne kunder”. Lisenstaker får ved slike avtalevilkår en produksjonsbegrensning på hvor mange enheter eller hvor stort kvantum som kan produseres. Med ”eget forbruk” forstås her inkorporering av produktene i avtalen i det som produseres for salg hos lisenstakeren.¹⁵⁶ Videresalg av avtaleproduktet til andre produsenter kan lovlig nektes. Ettersom produktene kan selges som reservedeler må de også kunne selges til tredjemenn som utfører service på produktene lisenstakeren leverer. Én begrensning følger naturlig av ordlyden, det vil ikke være anledning for tredjemenn som utfører service til å selge det lisensierte produktet videre til noen som ikke står for service eller annet vedlikehold av outputproduktet.¹⁵⁷

Det reiser seg to hovedrisikoer for konkurransen ved lisensavtaler mellom ikke-konkurrenter. For det første ”begrensningen i intrateknologi-konkurransen på markedet for tilbud av input” og for det andre ”udelukkelse av arbitrage (avtale om voldgift) mellom lisenstagerne, hvilket giver licensgiveren bedre muligheder til at pålægge lisenstagerne diskriminerende royalties”.¹⁵⁸ Intrateknologi-konkurranse er konkurranse mellom lisenstakere som benytter samme teknologi, motsetningen er inter-teknologi som er betegnelsen på tilfeller hvor konkurrerende foretak benytter konkurrerende teknologi.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Retningslinjene pkt. 101.

¹⁵⁶ Retningslinjene pkt. 186.

¹⁵⁷ Retningslinjene pkt. 102.

¹⁵⁸ Retningslinjene pkt. 188.

¹⁵⁹ Retningslinjene pkt. 26.

Til pkt. iv):

Etter iv) kan det avtales ”en forpliktelse til å produsere produktene omfattet av avtalen bare til en bestemt kunde, når lisensen bli gitt for å skape en alternativ forsyningskilde for denne kunden”. Det er like regler hva gjelder konkurrenter og ikke-konkurrenter når det gjelder lisens gitt for produksjon til én kunde, for å skape en alternativ forsyningskilde. Etter Retningslinjene pkt. 103 er det sannsynlig at en slik avtale ikke vil rammes av det generelle forbudet i EF-traktaten art. 81 (1)¹⁶⁰, og dermed ikke har behov for fritak i utgangspunktet.

Til pkt. v):

”En begrensning av salg til sluttbrukere fra en lisenstaker som utøver virksomhet i grossistledet” er også tillatt. Ved denne begrensningen kan lisensgiveren gi lisenstakeren en distribusjonsfunksjon i grossistledet. Slike avtaler vil normalt falle utenfor forbudet i krrl. § 10 (1)¹⁶¹, og fritak vil dermed ikke være nødvendig.

Til pkt. vi):

Avslutningsvis vil ”en begrensning av salg til ikke-godkjente forhandlere for medlemmene i et selektivt distribusjonssystem” også omfattes av gruppefritaket. En anledning for lisensgiveren til å selv velge hvem som ønskes i eget distribusjonssystem ansees etter dette siste unntaket som positivt.¹⁶² Slik kan en potensiell usikkerhet eller fremtidig konflikt mellom foretakene elimineres allerede ved avtaleinngåelsen. Dette begrenses imidlertid ved at lisenstaker i så fall skal ha rett til å selge både aktivt og passivt til sluttbrukere, uten at muligheten til å begrense salg til grossistnivået berøres, jf. litra c).

¹⁶⁰ Tilsvarende gjelder etter krrl. § 10 (1).

¹⁶¹ Avtalene faller også utenfor EF-traktaten art. 81 (1), jf Retningslinjene pkt. 104.

¹⁶² Intellectual property in Europe s. 837.

6.3.3 Salgsbegrensninger i et selektivt distribusjonssystem

Etter forskriften § 4 (2) (c) vil en avtale som har ”en begrensning av aktivt eller passivt salg til sluttbrukere som pålegges en lisenstaker som er medlem av et selektivt distribusjonssystem og utøver virksomhet i detaljeleddet, uten at dette berører muligheten til å forby et medlem av systemet å utøve virksomhet fra et ikke-godkjent etableringssted” til formål, ikke falle inn under § 2. Bak denne noe tungt tilgjengelige ordlyden ligger det at en lisenstaker som selger i siste omsetnings- eller produksjonsledd ikke skal nektes aktivt eller passivt salg til en sluttbruker.¹⁶³ Lisensgiver beholder retten til å godkjenne etableringsstedene til lisenstaker, men på grunn av den tillatte begrensning i antall utsalgssteder bør det enkelte utsalgssted rimeligvis kunne selge til alle. Mer praktisk er det at det er lisenstakeren som opererer med et selektivt distribusjonssystem, heller enn lisensgiveren. Hvis dette er tilfellet må avtalen analyseres ut fra gruppefritaket for vertikale avtaler, med tilhørende retningslinjer.¹⁶⁴ Kontrollen over hvilke lisenstakere som opererer i hvilke geografiske områder går dermed allikevel ikke tapt for lisensgiver.¹⁶⁵

6.4 Situasjonen når foretak etter tidspunkt for avtaleinngåelse blir konkurrerende foretak

Det kan forekomme at avtalepartene over tid skifter status fra å være ikke-konkurrenter til å bli konkurrenter på det relevante markedet. Spørsmålet her er hvilke følger dette får for den inngåtte avtalen. For disse tilfellene gjelder det etter tredje ledd at ”når foretakene som er parter i avtalen ikke er konkurrerende foretak på tidspunktet for inngåelsen av avtalen, men senere blir konkurrerende foretak, får annet ledd, ikke første ledd, anvendelse i avtalens fulle varighet, med mindre avtalen senere endres på et vesentlig punkt”. Hvilket vesentlige punkt som må endres sier ordlyden intet om. Leses bestemmelsen sammen med resten av § 4 er det rimelig klart at det er de vilkårene som er ulike etter første og andre ledd som må tilpasses disse reglene. Bestemmelsen gjelder kun ved anvendelsen av § 4, og ikke ved

¹⁶³ EC Competition Law s. 825.

¹⁶⁴ Intellectual property in Europe s. 837.

¹⁶⁵ Se Retningslinjene pkt. 39 om gruppefritakets rekkevidde ved flere enn to parter.

anvendelsen av § 3.¹⁶⁶ Realiteten i tredje ledd er altså at de vilkårene som følger av første ledd, og som foretakene tidligere har måttet holde seg innenfor – ikke lenger kommer til anvendelse. Den endringen i rettsstilstand for foretakene som finner sted kan sees som å ha tilbakevirkende kraft, ettersom andre regler kommer til anvendelse på en allerede eksisterende avtale. Hensyn som taler sterkt imot tilbakevirkende rettsregler i andre tilfeller, gjør seg imidlertid ikke så sterkt gjeldende her. Forskriften er klar på følgende av at bedriftene skifter status i relasjon til hverandre, samt at det er aktiv handling fra foretakene som medfører endringen. Foretakene kan i tilstrekkelig grad forutse sin rettsstilling i forkant av statusendringen til å være konkurrerende.

7 Avtaleforpliktelser som ikke omfattes av unntaket, forskriften § 5

7.1 Innledning

Gruppefritaket inneholder en gradering av hvor skadelige de bestemmelsene som undersøkes er for konkurransen. Derfor medfører hardcorebegrensningene i § 4 at gruppefritaket ikke får anvendelse på avtalen som helhet, mens det i § 5 angis begrensninger som medfører mindre omfattende konsekvenser for aktørene.¹⁶⁷ Her er det kun det ulovlige vilkåret som utelukkes fra forskriftens ”trygge havn”, ikke hele avtalen. Problemstillingen i det følgende er hvilke avtaleforpliktelser som er utelukket fra gruppefritaket.

I forskriften § 5 (1) utvides listen over forpliktelser i teknologioverføringsavtaler som unntaket i § 2 ikke får anvendelse på. Etter ordlyden i første ledd er det kun de aktuelle avtalevilkårene som rammes av begrensningene, ikke avtalen som helhet. For foretak i denne situasjonen betyr dette at avtalens øvrige forpliktelser er lovlige, og kan

¹⁶⁶ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 379.

¹⁶⁷ Intellectual property in Europe s. 837.

gjennomføres som avtalt. Hensikten med begrensningene i første ledd er en frykt for at forpliktelser av denne typen skal kunne redusere lisenstakernes incitament til innovasjon i egen virksomhet.¹⁶⁸ Hensynet til aktiv innovasjon hos både lisensgiver og lisenstaker er én av de grunnleggende begrunnelsene for gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler som helhet.

7.2 Grant-back-forpliktelser

Før det redegjøres for vilkårene, er det behov for en språklig avklaring. I litra a) omtales en forpliktelse for lisenstakeren til å ”gi” forbedringer videre, mens det i litra b) er en forpliktelse til å ”overdra” forbedringene som omfattes. Ordvalget kan ut fra ordlyden reise en rekke problemstillinger om rekkevidden av hvilke avtalevilkår som skal omfattes. Retningslinjene klargjør i pkt. 110 at ”anvendelsen af artikel 5, stk. 1, litra a) og b), er ikke betinget af, om licensgiveren betaler et vederlag for forbedringen eller en eksklusivlicens eller ej”. Den ulike ordlyden medfører ingen realitetsforskjell i anvendelsen av a) og b).

7.2.1 Eksklusiv lisens på selvstendige forbedringer og nye anvendelser

I litra a) unntas ”en direkte eller indirekte forpliktelse for lisenstakeren til å gi lisensgiveren eller tredjemann utpekt av lisensgiveren en eksklusiv lisens på lisenstakerens egne selvstendige forbedringer av den lisensierte teknologien, eller på egne nye anvendelser av den” fra anvendelse under gruppefritaket. Det første spørsmålet som må besvares er her hva som ligger i uttrykket ”selvstendig forbedring”. Definisjonen er gitt i forskriften § 1 (1) (n) som ”en forbedring som kan utnyttes uten å krenke den lisensierte teknologi”. Bestemmelsen omfatter både utvikling av teknologien og nyutviklede bruksområder eller bruksmåter.¹⁶⁹ Forpliktelsen til teknologioverføring ligger etter ordlyden her kun på lisenstakeren, i hvilken grad lisensgiveren er forpliktet til overføring av videreutviklet teknologi vil avhenge av avtalen mellom partene. Ved at begrensningen rammer både

¹⁶⁸ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 379.

¹⁶⁹ Retningslinjene pkt. 109.

direkte og indirekte forpliktelser skal ikke forpliktelser kunne maskeres som noe annet, slik det ellers kunne ha vært søkt gjort med indirekte forpliktelser. Det neste spørsmålet er om alle selvstendige forbedringer rammes. Etter Retningslinjene pkt. 109 omfattes ”ikke-eksklusive grant-back-forpliktelser i relation til selvstendige forbedringer”. Den videreutvikling og forbedring av lisensproduktet som lisenstaker kan utnytte ved siden av lisensen som skal gis lisensgiver eller tredjemann, er dermed gruppefritatt. Grant-back-forpliktelser som kun er ensidige, i tilfellene hvor det er lisensgiver som kan pålegge lisenstaker en overføring som skal gis videre til andre lisenstakere, faller også inn under gruppefritaket. Sistnevnte begrunnes med at slike avtaler ikke fjerner incitamentene til innovasjon på like linje med andre og mer omfattende eksklusive grant-back-forpliktelser. Avtalevilkår om eksklusive grant-back-forpliktelser og forpliktelser til å overdra forbedringer som ikke kan skilles fra den opprinnelig overførte teknologi, er ikke konkurransebegrensende etter krrl. § 10 (1), ettersom disse forbedringene ikke kan utnyttes av lisenstakeren uten lisensgiverens tillatelse.¹⁷⁰ I hvilken grad lisenstakeren får vederlag eller en eksklusivlisens for forbedringen har ikke betydning for anvendelsen av bestemmelsen på forpliktelsene som omfattes.¹⁷¹

7.2.2 Overdragelse av selvstendige forbedringer og nye anvendelser

Videre er etter b) ”en direkte eller indirekte forpliktelse for lisenstakeren til, helt eller delvis, å overdra til lisensgiveren eller tredjemann utpekt av lisensgiveren rettighetene til egne selvstendige forbedringer av den lisensierte teknologien, eller til egne nye anvendelser av den” ikke omfattet. Det som skiller litra b) fra litra a) er at også forpliktelser om ”helt eller delvis” å overdra de aktuelle rettighetene faller inn under bestemmelsens anvendelsesområde. Det er dermed ikke bare forpliktelser om å gi en eksklusiv lisens som rammes av begrensningen. Ordlyden ”helt eller delvis” tilsier at enhver forpliktelse til overføring av de selvstendige forbedringene faller utenfor gruppefritaket. Også her, som under litra a), vil både direkte og indirekte utformede forpliktelser omfattes.

¹⁷⁰ Retningslinjene pkt. 109 i.f.

¹⁷¹ Retningslinjene pkt. 110.

7.3 Forpliktelse til ikke å bestride immaterialrettigheters gyldighet

Heller ikke avtalevilkår som innebærer ”en direkte eller indirekte forpliktelse for lisenstakeren til ikke å bestride gyldigheten av immaterialrettigheter som lisensgiveren har på det felles marked, uten at dette berører muligheten for å heve teknologioverføringsavtalen dersom lisenstakeren skulle bestride gyldigheten av en eller flere av de lisensierte immaterialrettighetene” kan avtales under gruppefritaket. Bestemmelsen unntar forpliktelser for lisenstakeren til å ikke bestride gyldigheten av *noen* immaterialrettigheter lisensgiveren har på det felles markedet fra gruppefritaket.¹⁷² Spørsmålet er her hvordan det ”felles marked” skal avgrenses. Forståelsen av det ”felles marked” bestemmelsen gjelder, må etter min mening inkludere både produktmarked og teknologimarked. Dette fremkommer ikke av ordlyden, men følger av omfanget av markedsbegrepet i gruppefritaket, hvor både produktmarked og teknologimarked kan avgrense det aktuelle relevante markedet. Det lisenstaker og lisensgiver etter ordlyden *kan* bestride er gyldigheten av immaterialrettigheter som er omfattet av avtalen mellom foretakene.

Begrunnelsen for at klausuler om å ikke bestride gyldigheten av immaterialrettigheter ikke faller inn under gruppefritaket, er at lisenstaker normalt er den som er best egnet til å avgjøre om en immaterialrettighet er gyldig eller ikke.¹⁷³ Ved å unnlate at ugyldige rettigheter sikres av rettighetsinstituttet for immaterialrettigheter, beholdes posisjonen som normgivende for hva slike rettigheter kan bygges på. Avtaler som bygger på ugyldige intellektuelle rettigheter ”kvælder innovation i stedet for at fremme den”, jf. Retningslinjene pkt. 112.¹⁷⁴ Denne reguleringen sikrer særlig markedsposisjonen til små og mellomstore bedrifter som styrkes i forholdet til større avtaleparter, som ellers i mange

¹⁷² EC Competition Law s. 827.

¹⁷³ Retningslinjene pkt. 112.

¹⁷⁴ Tilsvarende Intellectual property in Europe s. 837 og 838.

tilfeller ikke ville hatt mulighet til å utnytte sine immaterialrettigheter.¹⁷⁵ Små selskaper vil naturlig nok ha vanskeligheter med å hevde sitt syn i møte med større selskaper, som vil ha bedre forutsetninger både økonomisk og juridisk for å hevde sitt syn.¹⁷⁶

Lisenstaker kan bli stilt i en vanskelig situasjon hvis han ønsker å bestride gyldigheten av en immaterialrettighet lisensgiveren har. Skulle det vise seg at rettigheten er gyldig, vil lisensgiveren kunne heve teknologioverføringsavtalen dem imellom. Lisenstakeren bør derfor ha relativt høy grad av sikkerhet for sin påstand.^{177 178}

7.4 Begrensninger i utnyttelsen av egen teknologi for ikke-konkurrerende foretak

Av annet ledd følger det at ”Dersom foretakene som er parter i avtalen ikke er konkurrerende foretak, får unntaket fastsatt i § 2 ikke anvendelse på noen direkte eller indirekte forpliktelse som begrenser lisenstakerens adgang til å utnytte sin egen teknologi, eller som begrenser en avtaleparts adgang til å drive forskning og utvikling, med mindre en begrensning av sistnevnte art er nødvendig for å hindre avsløring av den lisensierte knowhow til tredjemann.” Bestemmelsen har det samme innholdet som forskriften § 4 (1) (d), om hardcorebegrensninger i avtaler mellom konkurrenter.¹⁷⁹ Når avtalepartene ikke konkurrerer i det samme markedet er det ikke sikkert at slike begrensninger i alle tilfeller har en negativ innvirkning på konkurransen. Det er heller ikke sikkert at vilkårene i krrl. § 10 (3) på generelt grunnlag ikke vil være oppfylt. Foretakene er pr definisjon ikke-konkurrerende når lisenstakeren eier en teknologi, men ikke tildeler lisens til noen. Videre kan ikke lisensgiveren være ”en faktisk eller potensiell udbyder på produktmarkedet”, jf. Retningslinjene pkt. 115. Teknologikutvikling utgjør i seg selv en kilde til konkurranse. Dermed er det gunstig at enhver med mulighet for dette får mulighet og incitament til

¹⁷⁵ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 380.

¹⁷⁶ An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice s. 381.

¹⁷⁷ Intellectual property in Europe s. 838.

¹⁷⁸ Hvis den overført teknologi er foreldet oppstår det ikke konkurransebegrensninger, se note 48 til Retningslinjene pkt. 112.

¹⁷⁹ Retningslinjene pkt. 114.

FoU. Dette gjelder også utnyttelsen av egen teknologi, gjennom egenproduksjon eller lisensiering.¹⁸⁰

8 Håndheving og kontroll

8.1 Konkurranseloven § 10 (4)

For at det skal være mulig å håndheve forskriftens regler må det eksistere et kontrollorgan, og det må være mulig å sanksjonere overtredelser av reglene. I forskriften er det ikke angitt hvordan en slik håndheving skal foregå. Konkurranseloven § 10 (4) (2) tillegger Konkurransetilsynet å ”bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd”. Ettersom Konkurransetilsynet har myndighet til å utstede gruppefritak, har det også kompetanse til å trekke det tilbake.

Bestemmelsen er todelt. Første pkt. inneholder selve hjemmelen for utstedelsen av gruppefritak, mens annet pkt. tillegger Konkurransetilsynet å ”bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd”. Spørsmålet i det følgende er i hvilke tilfeller Konkurransetilsynet skal fatte slike vedtak. Først vil jeg gjennomgå vilkårene for ikke-anvendelse med utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd.

8.2 Ikke-anvendelse av forskriften

At forskriften ikke skal være anvendelig på nærmere vilkår innebærer at det sees bort fra gruppefritaket ved den konkrete vurderingen, og det er hovedreglen i krrl. § 10 (1), med unntaket i tredje ledd, som kommer til anvendelse. Virkningen av overtredelse mot første ledd er etter annet ledd at avtalen ”ikke (skal) ha noen rettsvirkning”.

¹⁸⁰ Retningslinjene pkt 115 og 116.

Etter ordlyden er det virkningen av en avtale, beslutning eller samordnet opptreden som er det avgjørende for om gruppefritaket ikke skal komme til anvendelse. For at en virkning skal kunne studeres på en slik måte, må en avtale allerede ha trådt i kraft. Avgjørelser om ikke-anvendelse kan etter dette ikke fattes basert på forventet virkning. Det ligger utenfor rammen av avhandlingen å redegjøre i detalj for hvilke virkninger som er uforenlige med § 10 (3). Den tidsmessige varighet av vedtak etter krfl. § 10 (4) reguleres som forskrifter ellers. Vedtak om ikke-anvendelse vil være bestemmende for rettighetene og pliktene til foretakene, og dermed være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 (1) (b). Varigheten av enkeltvedtak fattet etter konkurranseloven skal være et bestemt tidsrom. Normalt skal de ikke overstige fem år, og de må ikke overstige ti år, jf. § 6.¹⁸¹

Ikke-anvendelse har sin parallell i forordningen art. 6, om ”inndragelse i konkrete tilfælde”, hvor rettskildematerialet er betydelig. Drøftelsen av ikke-anvendelse legges derfor opp etter mønster av art. 6. Etter forordningen art. 6 (1) kan gruppefritaket inndras ”i et konkret tilfælde” når det kan konstateres at en teknologioverføringsavtale, som i utgangspunktet oppfyller vilkårene for å falle inn under fritaket, har virkninger som ”er uforenlige med traktatens artikkel 81, stk. 3”. Selv om en avtale i utgangspunktet omfattes av gruppefritaket kan den altså allikevel unntas fra dets anvendelsesområde. Vilåret er etter ordlyden svært strengt. Avtalens virkning må være ”uforenelig” med hensynene i art. 81 (3), som danner grunnlaget for gruppefritaksinstituttet som helhet. Videre må denne virkningen ”konstateres” av Kommisjonen. Om beviskravene heter det i Retningslinjene pkt. 119 at det er ”den inndragende myndighet, der bærer bevisbyrden” for at art. 81 (3) er overtrådt. Det sies ikke noe om krav til styrken av bevisene, kun at ansvaret for bevisene påhviler den myndighet som har inndratt fritaket. I følge Retningslinjene pkt. 117 og 118 er det egentlig ikke en reell inndragelse av et fritak som gjøres her. Vilåret for inndragelse i konkrete tilfeller er etter Retningslinjene at ikke alle de fire kumulative vilkårene i art. 81 (3) er oppfylt. Dermed er ikke vilkårene for gruppefritak oppfylt i utgangspunktet, og avtalen

¹⁸¹ For detaljer, se ”Ot.prp. nr. 6, 2003-2004” s. 40.

skulle ikke vært omfattet av det. Grunnen til at dette allikevel omtales som inndragelse er trolig at én avtale i seg selv kunne ha vært omfattet av gruppefritaket, men sett i lys av andre avtaler blir denne avtalen en hindring, vridning eller innskrenskrenkning av konkurransen. Systematikken i forordningen er at det ikke er nødvendig å vurdere en avtale opp mot art. 81 (3). Hvis vilkårene i et gruppefritak er oppfylt, er avtalen lovlig. Det er her det gjøres en begrensning ved art. 6 og 7.

Art. 6 (1) inneholder i a) – c) tre typetilfeller hvor det ”især” kan gjøres en inndragning av fritaket. Ved ordvalget ”især” kommer det frem at dette ikke er en uttømmende liste, men en konkretisering av momenter ved vurderingen. Disse redegjøres det for samlet, etter en gjengivelse av bestemmelsen;

”a)

markedsadgangen for teknologier tilhørende tredjemand begrænses, f. eks som følge af den kumulative virkning af parallelle netværk af ligearterede konkurrencebegrænsende aftaler, der forbyder licenstagere at udnytte teknologier tilhørende tredjemand

b)

markedsadgangen for potentielle licenstagere begrænses, f. eks. som følge af den kumulative virkning af parallelle netværk af ligearterede konkurrencebegrænsende aftaler, der forbyder licensgivere at meddele andre licenstagere licens

c)

parterne uden nogen objektivt gyldig begrundelse undlader at udnytte den overførte teknologi”

Det understrekes i Retningslinjene pkt. 121 at de begrensningene i gruppefritakets rekkevidde som følger av § 4 og 5 ”imidlertid ikke (tar) høyde for alle de potensielle følger av licensaftaler. Især gjelder det, at gruppefritagelsen ikke tager høyde for eventuelle kumulative virkninger av ensartede begrensninger inneholdt i netværk av licensaftaler.”

Slike kumulative virkninger eksemplifiseres som forbud mot å ta i bruk konkurrerende teknologier, forbud mot å gi lisens til andre enn partene i en konkret avtale eller vilkår om å gi avtaleparten gunstigere vilkår enn de andre avtaleparter får.¹⁸² Dette kan føre til at tredjemenn – som kan være både lisenstaker og lisensgiver – ikke får tilgang til markedet, hvilket per definisjon svekker konkurransen. Videre kan inndragning være aktuelt hvis avtalepartene, uten en objektiv begrunnelse, unnlater å utnytte den overførte teknologien. Hvilken utnyttelse som kreves vil variere fra tilfelle til tilfelle. Det oppstilles ikke vilkår om noen ”integration af aktiver”, utnyttelse av egen teknologi, ved at ”designfrihed for licenstagere (vil) ... gøre det muligt for ham at udnytte sin egen teknologi uden risiko for at blive mødt med påstande om rettighedskrænkelser fra licensgiverens side”¹⁸³, vil være tilstrekkelig.

8.3 Inndragelse av Konkurransetilsynet

I art. 6 (2) er det hjemlet for ”den pågældende medlemsstats konkurrencemyndighed” å inndra fritakelsen som er gitt i gruppefritaket når vilkåret i første ledd er oppfylt. Vilåret for slik inndragning er at virkningene inntreffer i det aktuelle landets område, eller en del av område, og dette området innehar ”alle de karakteristika, der kendetegner et særskilt geografisk marked”, når vilkårene oppstilt i første ledd er oppfylt. Inndragningen begrenser seg i slike tilfeller til å gjelde ”for dette området”, altså enten landets grenser eller en nærmere angitt del av landet.

Departementet fremhever i proposisjonen at det i Norge er Konkurransetilsynet som ”i enkelttilfeller skal kunne trekke tilbake fordelene av et gruppefritak”.¹⁸⁴ Konkurransetilsynet har også kompetanse ”i enkelttilfeller, og på visse vilkår, til å trekke tilbake fordelene av et

¹⁸² Retningslinjene pkt. 121.

¹⁸³ Retningslinjene pkt. 122.

¹⁸⁴ Ot.prp nr. 6, 2003-2004, s. 69.

gruppefritak”¹⁸⁵ i Norge, altså trekke tilbake gruppefritaket som helhet. Hvilke vilkår dette er uttales ikke i proposisjonen.

8.4 Målgruppen for ikke-anvendelse

Problemstillingen her er hvem et vedtak om ikke-anvendelse av gruppefritaket retter seg mot. Etter ordlyden i krrl. § 10 (4) (2) er det ”overfor bestemte foretak” en beslutning om ikke-anvendelse skal fattes. Et naturlig spørsmål er dermed om dette innebærer at én avtale med ulovlige virkninger medfører at alle foretakets avtaler om teknologioverføring ekskluderes fra gruppefritaket. En rent språklig tilnærming tilsier at svaret må bli ja – det er *foretaket* i seg selv, og ikke en avtale, som etter ordlyden er målgruppen for beslutningen. Bestemmelsens fortsettelse er imidlertid ”i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ...”. Det er dermed den virkningen en avtale, beslutning eller annen samordnet opptreden har som er avgjørende for om det kan fattes vedtak om ikke-anvendelse. Virkningen kan ikke sees på uavhengig av den avtalen eller opptreden som gjør at virkningen har oppstått. At det er mer enn den konkrete avtalen som skal rammes av beslutningen om ikke-anvendelse, synes dermed ikke rimelig. Den motsatte tolkningen, at det er foretaket som helhet som ekskluderes fra å kunne påberope seg gruppefritaket, vil kunne føre til at bedriften rammes svært hardt på mange områder med et mangfold av avtaler – mens det kun er én avtale som har de uforenlige virkningene. Ordvalget i bestemmelsen er, på bakgrunn av den språklige uklarheten, ikke helt heldig.

Videre må vedtaket være fattet overfor ”bestemte foretak”. Dette innebærer et markant skille mot gruppefritaket fra EF-traktaten art. 81 (3) gitt av Kommisjonen, hvor det i art. 7 hjemles vedtak om at gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler ikke skal komme til anvendelse på teknologioverføringsavtaler som inneholder ”bestemte begrensninger vedrørende det aktuelle marked”. Så vide fullmakter har ikke Konkurransetilsynet.

¹⁸⁵ Ot.prp nr. 6, 2003-2004, s. 69.

9 Litteraturliste

Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av teknologioverføringsavtaler, 2006-07-06 nr 922

KOMMISSJONENS FORORDNING (EF) nr 772/2004, af 27. april 2004 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler

KOMMISSIONENS MEDDELELSE, Retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler (2004/C 101/02)

KOMMISSJONENS FORORDNING (EF) nr 2790/99, af 22. december 1999 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis

MEDDELELSE FRA EFTA-TILSYNSMYNDIGHEDEN, Retningslinjer for vertikale begrænsninger, (2002/C122/01)

KOMMISSIONENS MEDDELELSE, om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler, (2001/C 3/02)

Alison Jones and Brenda Sufrin: *EC Competition Law*, Third Edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2008

Andreas Christensen, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune T. Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo:
Konkurrenceretten I EU, 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005

Are Stenvik: *Patentrett*, 2. utg., 2006

Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad:
EØS-RETT, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2004

Guy Tritton, Simon Malynicz, Richard Davis and Ashley Roughton:
Intellectual property in Europe, London Sweet & Maxwell, Third edition, 2008

Olav Kolstad og Anders Ryssdal: *Norsk Konkurranserett, Bind I*, 1. utg.,
Universitetsforlaget 2007

Steven D. Anderman and John Kallaugher: *Technology Transfer and the new EU
Competition Rules, Intellectual Property Licensing after Modernisation*, OXFORD
UNIVERSITY PRESS, 2006

Torstein Eckhoff: *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget 2001

Valentine Korah: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*,
Hart Publishing, OXFORD AND PORTLAND, OREGON, 2007

Aschehoug og Gyldendals lille norske leksikon, Kunnskapsforlaget, 3 utgave 2003

Odelstingsproposisjon nr 6, 2003-2004, Det Kongelige Arbeids- og
administrasjonsdepartement

Sak E-3/97, EFTA-domstolen, Jæger mot Opel Norge

Nordisk utredningsserie 1963:6, Nordisk patentlovgivning

10 Lister over tabeller og figurer m v